

UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID

(Derecho)



**El incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro:
Efectos sobre los contratos mercantiles sometidos a convenio arbitral**

Tesis Doctoral presentada por:

Manuel Javier Martínez Pérez

Dirigida por

(Dra. Esther Monterroso Casado)

Madrid, abril 2024

INDICE DE CONTENIDO

El incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro: Efectos sobre los contratos mercantiles sometidos a convenio arbitral

Índice de abreviaturas

Capítulo I. Introducción

1. Delimitación del tema
2. Objetivo de la investigación
3. Justificación de la investigación
4. Metodología empleada

Capítulo II. Contextualización del arbitraje

1. Coordinadas sociológicas del arbitraje.
 - 1.1. El conflicto
 - 1.2. La Libertad
 - 1.2.1. La libertad contractual como contenido del libre de la personalidad
 - 1.3. El arbitraje como ADR'S
2. Coordinadas histórico-legales del arbitraje
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. La institución del arbitraje en Roma
 - 2.3. Regulación del arbitraje en la normativa prealfonsina
 - 2.4. Las Partidas de Alfonso X "El Sabio"
 - 2.5. La Constitución de 19 de marzo de 1812
 - 2.6. El arbitraje y la codificación
 - 2.7. Las Ordenanzas de Bilbao
 - 2.8. El Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830
 - 2.9. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855
 - 2.10. Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 y el Código Civil
 - 2.11. La Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953
 - 2.12. La Ley de 5 de diciembre de 1988

2.13. La ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre

2.14 Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 21 de junio de 1985

3. Concepto y tipología del arbitraje

3.1. El Arbitraje como definición legal

3.2. Tipología

3.2.1. Tipología según la “*ratio decidendi*”.

3.2.1.1. El arbitraje de derecho.

3.2.1.2. Arbitraje de equidad

3.2.2 Arbitraje “*ad hoc*” e institucional

Capítulo III. La naturaleza jurídica del convenio arbitral

1. Introducción

2. El contrato de arbitraje

2.1. Naturaleza jurídica del contrato de arbitraje

2.1.1. Elementos esenciales del contrato de arbitraje

2.1.1.1. El consentimiento en el contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje

b) Régimen especial del contrato de arbitraje

2.1.1.2 El objeto del contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje

b) El objeto del contrato de arbitraje

2.1.1.3. La causa del contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje

b) La causa del contrato de arbitraje

2.1.1.4. Elemento formal del contrato de arbitraje

2.1.2. Efectos propios del contrato de arbitraje

2.1.2.1. Efecto positivo

2.1.2.2. Efecto negativo

2.1.2.3. La separabilidad

3. El contrato arbitral

3.1. Denominación, concepto y naturaleza jurídica contrato arbitral

3.1.1. Denominación

3.1.2. Concepto

3.1.3. Naturaleza jurídica

3.2. Elementos personales del contrato arbitral. Los árbitros

3.2.1. Evolución histórica del concepto

3.2.3. Requisitos legales para el ejercicio de función arbitral

3.2.3.1. Capacidad de obrar

3.2.3.2. Prohibiciones

3.3. Contenido obligacional del contrato arbitral

3.3.1. Obligaciones anteriores a la aceptación

3.3.2. Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro

3.3.3. Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión del laudo

3.4. La perfección del contrato arbitral. La aceptación del árbitro

4. Las relaciones contractuales implicadas en el arbitraje institucional

4.1. Delimitaciones terminológicas

4.1.1. Concepto de arbitraje institucional

4.1.2. Concepto de institución arbitral

4.2. Funciones

4.2.1. Supervisión del procedimiento

4.2.2. Revisión prima facie del convenio arbitral

4.2.3. Nombramiento, recusación y sustitución de árbitros

4.2.4. Gestión de los aspectos económicos del arbitraje

4.2.5. Escrutinio del laudo

4.3. El reconocimiento legal de las instituciones arbitrales en nuestro ordenamiento jurídico

- 4.4. Características del arbitraje institucional
 - 4.4.1. Calidad de los servicios
 - 4.4.2. Independencia institucional
 - 4.4.3. Transparencia
 - 4.4.4. Celeridad
 - 4.4.5. Flexibilidad
- 4.5. Naturaleza jurídica de la relación entre las partes y la institución
- 4.6. Naturaleza jurídica del Reglamento de la institución arbitral

Capítulo IV. Los deberes de independencia e imparcialidad en procedimiento arbitral y los deberes conexos. Principales efectos de su vulneración

- 1. Introducción
- 2. Los principios-deberes de independencia e imparcialidad en el arbitraje como procedimiento heterocompositivo de solución de controversias
 - 2.1. Evolución histórica de la imparcialidad arbitral
 - 2.2 Breve análisis sobre el concepto de orden público
 - 2.3. El orden público como estándar jurídico de homologación del procedimiento arbitral
 - 2.4. La independencia e imparcialidad del árbitro
 - 2.4.1. Referencia a los deberes de independencia e imparcialidad en el ámbito judicial
 - 2.4.1.1. La independencia judicial
 - 2.4.1.2. El deber de imparcialidad judicial

2.4.2. Acotamiento conceptual de los términos independencia e imparcialidad

2.4.2.1. Neutralidad e imparcialidad

2.4.2.2. Independencia, imparcialidad y objetividad

2.4.2.3. Arbitrariedad, discrecionalidad e irracionalidad

2.4.3. Régimen especial de la independencia e imparcialidad en el arbitraje

2.4.4. La naturaleza jurídica bifronte de los principios-deberes de independencia e imparcialidad. Juego funcional de los artículos 17 y 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

2.4.4.1. Los principios del procedimiento arbitral como garantías fundamentales

2.4.4.2. La independencia e imparcialidad del árbitro como deberes contractuales en el marco del contrato arbitral.

2.4.5. Naturaleza obligacional de los deberes de independencia e imparcialidad y los deberes conexos

2.4.5.1. El deber instrumental de revelación como garantía legal de las partes a un árbitro independiente e imparcial

2.4.5.1.2. El incumplimiento por parte del árbitro del deber de revelación

2.4.5.1.3. Estándares de los conflictos de intereses a revelar. ¿Qué revelar?

2.4.5.1.4. Cuando revelar

3. Principales efectos jurídicos de la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad parte del árbitro

3.1. La responsabilidad negocial derivada del incumplimiento del contrato arbitral

3.1.1. Notas básicas sobre el concepto de contrato arbitral

3.1.2. Responsabilidad negocial de los árbitros

3.2. La nulidad del laudo

3.2.1. Naturaleza jurídica de la acción de anulación del laudo

3.2.2. Competencia judicial

3.2.2. Procedimiento

Capítulo V. El contrato mercantil sometido a arbitraje. Relaciones jurídicas existentes entre ambos. Teoría de los contratos conexos

1. Introducción

2. Aspectos relevantes del contrato mercantil sometido a arbitraje

2.1 Los contratos mercantiles como instrumentos conformadores de la actividad económica

2.1.1. El empresario como protagonista esencial del contrato mercantil. El ánimo de lucro como causa de los contratos mercantiles.

2.1.2. Acotamiento conceptual de “ánimo de lucro”

2.2. El arbitraje como mecanismo de protección del ánimo de lucro

2.1.1. Conflicto y ánimo de lucro

2.2.1.1. Introducción

2.2.1.2. Conflicto y empresa

2.3. El ánimo de lucro como elemento causal común al contrato principal de naturaleza comercial y al contrato de arbitraje inserto en él

2.4. Cambios funcionales en los contratos mercantiles sometidos a arbitraje

2.4.1. Ejecutoriedad del laudo

2.4.1.1. Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

2.4.2. Juez ordinario predeterminado por la ley vs. libre elección de arbitro

2.4.3. La exclusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento arbitral

2.4.4. La no existencia de recursos ordinarios. “*One shot*”

3. Relación jurídica entre el contrato principal y el contrato de arbitraje. Teoría de los contratos conexos

3.1. Introducción

3.2. El contrato mercantil y el contrato de arbitraje como contratos conexos

3.2.1. La conectividad contractual como excepción al principio de relatividad de los contratos

3.2.2. Justificación de la existencia de conectividad entre el contrato principal de naturaleza mercantil y el contrato de arbitraje

Capítulo VI. Efectos del incumplimiento por parte del árbitro en sede del contrato de arbitraje sobre el contrato mercantil sometido a arbitraje. La regla de la operación de reemplazo como método de resarcimiento y subsanación de los daños

1. Introducción

2. Cuestiones generales sobre el incumplimiento contractual

2.1. Concepto

2.2. Evolución del incumplimiento contractual resolutorio

2.2.1. La irrupción en nuestro ordenamiento jurídico del concepto de “incumplimiento esencial”. La frustración del interés del acreedor como elemento determinante

3. Naturaleza jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro

3.1. Introducción

3.2. Naturaleza jurídica de la obligación por parte del árbitro de permanecer independiente e imparcial durante todo el procedimiento

3.3. Calificación jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro

3.3.1. Intensidad del incumplimiento

3.3.2. Encuadramiento jurídico del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad arbitral en el contrato arbitral

3.3.3. Tipificación jurídica de los efectos del incumplimiento en sede del contrato arbitral con respecto al contrato principal de naturaleza mercantil

3.3.3.1. Contextualización de la cuestión

3.3.3.2. Análisis de las relaciones contractuales surgidas entre el contrato arbitral y el contrato principal desde la perspectiva de la conectividad contractual

3.3.3.3. La naturaleza jurídica del incumplimiento del árbitro en sede del contrato principal mercantil sometido a arbitraje

3.3.3.4. Identificación de las expectativas comerciales del contrato mercantil sometido a arbitraje

4. La opción a la operación de reemplazo como remedio de subsanar los efectos de la nulidad del laudo por incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del laudo

4.1. Los remedios ante el incumplimiento

4.2. La operación de reemplazo como remedio del incumplimiento del árbitro a disposición de las partes en conflicto

4.2.1. La operación de reemplazo en el derecho español

4.2.1.1. Anclaje legal de las operaciones de reemplazo en nuestro ordenamiento jurídico

4.2.1.2. Naturaleza jurídica de las operaciones de reemplazo para el ordenamiento jurídico español

4.2.2. ¿Es posible articular las operaciones de reemplazo por parte de las partes en conflicto para subsanar los efectos de la nulidad del laudo arbitral por incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del laudo?

4.2.3. Las operaciones de reemplazo como mecanismo de mitigación de los efectos negativos de la nulidad del laudo por incumplimiento del árbitro de los deberes de independencia e imparcialidad

Capítulo VII. CONCLUSIONES

Referencias bibliográficas

Anexo jurisprudencial

Índice de abreviaturas

- ADR'S: Alternatives Disputes Resolutions
- arts: artículos
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CEIA: Club Español e Iberoamericano del Arbitraje
- CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
- EFTA: Asociación Europea de Comercio
- IBA: Internacional Bar Association
- INCOTERMS: International Commercial Terms (términos internacionales de comercio).
- IS: Impuesto de Sociedades
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
- LA: Ley de Arbitraje
- LCCC: Ley de Contratos de Crédito al Consumo
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOTT: Ley de Ordenación de Transportes Terrestres
- PECL: Principios Europeos de los Contratos
- PELL: Principios de Derecho Contractual Europeo
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación del tema

Esta investigación se enmarca dentro del ámbito jurídico de los mecanismos de solución de conflictos, en concreto del arbitraje. El arbitraje es definido por nuestro Tribunal Constitucional como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad cuyo anclaje constitucional lo encontramos en el artículo 10 de la Constitución.

El Derecho como sistema de normas y principios que dan forma y estructuran una determinada sociedad, establece un conjunto de mecanismos para la resolución pacífica de los conflictos sociales y personales nacidos en su seno. El conflicto es sustancial a las relaciones humanas. Las maneras pacíficas de componer dichas controversias, en la actualidad, suponen uno de los fundamentos de las sociedades modernas. En las sociedades democráticas, como la nuestra, dichos mecanismos deben estar regidos por unos principios y valores fundamentales que formarían parte de lo que denominamos Estado de derecho.

Gracias a estos sistemas de composición, la sociedad posee mecanismos jurídicos para el reequilibrio de objetivos sociales y particulares. En las sociedades democrática modernas la potestad de dar solución y que dicha solución tenga efectos sociales se fundamenta en dos pilares. La potestad pública representada por el poder del Estado democrático y, por otro lado, la potestad privada de autorregulación de sus conflictos basada en el libre desarrollo de la personalidad,

Desde la introducción del concepto “equivalente jurisdiccional” por parte del Tribunal Constitucional en sus primeras resoluciones sobre el arbitraje, nuestra doctrina científica y jurisprudencial ha empleado tiempo y esfuerzos en situar el anclaje constitucional del arbitraje en la órbita del artículo 24 (tutela judicial efectiva) o del artículo 10 (libre desarrollo de la personalidad). Dicha polémica ha sido zanjada, recientemente, por el propio Tribunal Constitucional reconociéndoles, tan solo y exclusivamente, naturaleza procesal a los efectos del laudo (cosa juzgada y ejecutoriedad).

Es en su concepción contractualista donde adquiere interés el arbitraje para nuestra investigación. El arbitraje es un contrato con efectos procesales y, precisamente, el arbitraje como contrato ha sido poco estudiado y analizado por la doctrina desde la perspectiva del artículo 1261 del Código Civil.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga al contrato como negocio jurídico, en palabras del profesor Castán, la facultad de hacer nacer obligaciones. Con el fin de dotar a nuestro trabajo de la suficiente concreción para servir de interés empírico, decidimos centrarnos en un conjunto de deberes que, por su naturaleza, suponen una directriz esencial con respecto al arbitraje para servir de excepción a la exclusividad que la Constitución otorga a la jurisdicción ordinaria en su artículo 117. Los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro suponen la expresión más importante de la confianza social en dicho sistema de composición de conflictos.

La vulneración de dichos deberes supone una desafección por pérdida de confianza en el mecanismo compositivo. Dada la especial función del arbitraje, la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad como deberes contractuales tienen efectos particulares. Por un lado, la afectación del orden público provocada por dicha vulneración desembocaría en la correspondiente nulidad del laudo y, por otro, la correspondiente responsabilidad por dicha vulneración en el ámbito contractual.

A través del contrato de arbitraje, las partes establecen un mecanismo específico para la solución de los conflictos de naturaleza privada excluyendo a la jurisdicción ordinaria de la solución de sus conflictos.

Dentro de las relaciones jurídico-privadas nos encontramos con un grupo de estas de gran importancia, tanto cuantitativamente como cualitativamente. Los contratos mercantiles estructuran la actividad económica. La actividad empresarial compone uno de los pilares fundamentales de las sociedades modernas. No es casualidad que las sociedades jurídicamente más sofisticadas sean las sociedades económicamente eficientes. La seguridad jurídica constituye uno de los fundamentos esenciales de dicha eficiencia. Seguridad jurídica que se consigue, entre otros motivos, con la existencia de unos mecanismos eficaces para resolver el reequilibrio patrimonial que supone todo conflicto comercial.

Los contratos mercantiles son los instrumentos jurídicos a través de los cuales los empresarios desarrollan su actividad económica. El ánimo de lucro es la columna vertebral de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. Su estímulo y protección son base de la seguridad jurídica. El conflicto en el seno de una relación comercial supone un desequilibrio, una descoordinación del programa contractual. El sistema elegido para el reequilibrio de expectativas económicas debe conjugar la eficacia jurídica con la eficiencia económica. El arbitraje, en la moderna práctica empresarial, es un mecanismo de solución de conflictos altamente sofisticado. Tanto la especialización del árbitro como la duración del procedimiento arbitral y previsibilidad convierten al arbitraje en eficiente instrumento al servicio de la gestión empresarial, faceta del arbitraje poco estudiada hasta la fecha.

Por todo lo anteriormente expuesto, las relaciones jurídicas existentes entre los dos planos contractuales implicados en el contrato mercantil sometido a arbitraje, los efectos, las repercusiones y las responsabilidades de los incumplimientos acaecidos en su seno desde un punto de vista contractual son ámbitos de estudio de una gran transcendencia práctica que inciden directamente en la eficiencia de los mercados. Por ello, los sistemas de mitigación de los daños son en la actualidad objeto de un gran desarrollo en especial los mecanismos extrajudiciales como los contratos de reemplazo.

2. Objetivo de la investigación

El objetivo de esta investigación es, partiendo de la premisa inicial por la cual entendemos al arbitraje como un contrato, identificar la naturaleza jurídica de las relaciones nacidas por la interacción entre el contrato principal de naturaleza mercantil, el contrato de arbitraje y el contrato arbitral.

Un objetivo subsidiario del anterior es, sentar las bases para el estudio del arbitraje desde la perspectiva de la gestión financiera del conflicto, superando la visión de entenderle como simplemente un sistema heterocompositivo, desde una perspectiva meramente jurídica. La mayor compatibilidad del procedimiento arbitral con la preservación del ánimo de lucro, nos servirá como elemento unificador teleológico del sistema contractual formado por un contrato mercantil sometido a arbitraje.

Una vez identificada la naturaleza de dichas relaciones y en base a las mismas, será preciso establecer los efectos y las repercusiones del incumplimiento de los deberes, desde el punto de vista contractual, de independencia e imparcialidad del árbitro como incumplimiento prestacionales y esenciales.

Por último, será objeto de investigación el proponer y analizar la idoneidad de las operaciones de reemplazo como remedios de mitigación de los daños sufridos por las partes en conflicto debido al incumplimiento del árbitro.

3. Justificación de la investigación

El tema elegido surge de la experiencia profesional (árbitro, abogado de parte y ocupando puestos institucionales tanto en Cortes nacionales como internacionales) y docente en el ámbito del asesoramiento empresarial, donde esta cuestión es objeto de debate.

Por otro lado, la experiencia en el ámbito del asesoramiento empresarial ha posibilitado el poder afrontar el estudio de la presente investigación desde una doble perspectiva jurídica y económica.

Todo lo anterior me ha proporcionado una visión, tanto teórica como práctica, del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos íntimamente unido a la eficiencia y gestión empresarial. El conflicto como activo financiero es una nueva y novedosa perspectiva que entendemos tiene su importancia como propuesta empírica.

El análisis de la naturaleza contractual de arbitraje, el ecosistema contractual que forma el convenio arbitral, las interacciones entre el contrato mercantil sometido a arbitraje y el convenio arbitral, los efectos de los incumplimientos contractuales producidos en el seno del convenio arbitral sobre el contrato mercantil sometido a arbitraje, calificación jurídica de la responsabilidad jurídica del árbitro incumplidor como contractual o extracontractual y, la propuesta de nuevos remedios de mitigación de los daños asumidos de la práctica comercial internacional son hipótesis de investigación que se plantean en este trabajo debido a la relevancia del arbitraje en la práctica comercial modernas. Por otro lado, son temas poco tratados por la jurisprudencia y la doctrina científica, centrada en los últimos tiempos en la polémica entre naturaleza procesal o contractual del arbitraje o el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Debido al gran interés práctico e intelectual del tema se decidió centrar esta investigación en ellos.

4. Metodología empleada

Los principales tipos de técnicas de investigación empleados en la presente investigación podemos resumirla en las siguientes.

En primer lugar, hemos partido de la histórico-jurídica. En este sentido, gran parte del segundo capítulo del trabajo de investigación está dedicado a la evolución histórica de la institución del arbitraje. Dicha evolución, en nuestro estudio, la hemos limitado exclusivamente al período que abarcaría desde el Derecho Romano hasta la actual Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Hemos sido conscientes que la utilización del arbitraje es muy anterior a la época romana, pero es en esta época donde el arbitraje empieza a adquirir los perfiles que ha mantenido hasta la actualidad.

También, se ha utilizado la técnica jurídico-descriptiva para poner al arbitraje delante de su actual realidad jurídica en especial tras la reciente Sentencia de Tribunal Constitucional, analizando la problemática implicada en la conceptualización contractual del arbitraje, general (Código Civil) y especial (Ley de Arbitraje), ubicando sus incumplimientos contractuales dentro del régimen general moderno de los incumplimientos contractuales e ubicando de igual modo la responsabilidad del árbitro con respecto a los mismos.

Por otro lado, mediante la técnica de investigación jurídico-propositiva se realiza un análisis como propuesta empírica de los contratos de reemplazo como herramienta práctica al servicio de las partes en conflicto, afectadas por el incumplimiento del árbitro, para mitigar los daños acaecidos por dicho incumplimiento.

En cuanto a la metodología de la investigación en la tarea investigadora se ha desarrollado en diferentes fases, partiendo de la denominada fase heurística, en la que se ha reunido y organizado la información precisa para alcanzar el primer nivel de conocimiento necesario sobre el arbitraje como método de resolución de conflicto en los contratos mercantiles, que ha permitido una primera reflexión sobre los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro. Para ello, una vez identificados los problemas jurídicos a analizar, se han acudido a fuentes de información generales mediante la búsqueda e

identificación de la normativa implicada en la legislación española (fundamentalmente, la ley de Arbitraje, el Código de Comercio y el Código Civil) o la normativa de UNCITRAL sobre arbitraje comercial, normativa de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de interés en el arbitraje o el derecho comparado, instrumentos de *hardlaw* y *softlaw*, debido a que toda investigación jurídica debe sustentarse esencialmente y como punto de partida en las normas jurídicas, las cuales se consideran como fuentes formales en la metodología de una tesis doctoral. Tras la realización de esta labor, la tarea investigadora se ha desarrollado a partir de la interpretación por parte de la jurisprudencia de las cuestiones planteadas, acudiendo no solo a los tribunales españoles sino a tribunales europeo como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para ello, se han podido consultar dichas resoluciones creadas por nuestros tribunales, recogidas en distintas bases de datos que editoriales especializadas en derecho.

En relación a las fuentes más específicas, se ha llevado a cabo la consulta de documentos jurídicos doctrinales (monografías, capítulos de libros, artículos de revistas, tesis doctorales y otros trabajos de investigación), a través de distintas bases de datos públicas y privadas, reflejada en la bibliografía jurídica, debido a que las consideraciones y opiniones de los distintos autores han sido tenidas en cuenta en la propia reflexión y deducciones propias cuando se plantean interrogantes sobre la interpretación y aplicación de las normas relativas al arbitraje, con las que apoyar también las conclusiones que aportamos en el presente estudio.

Con independencia de estas fuentes de información, como jurista profesional especialista en materia de arbitraje, la propia experiencia en este campo ha sido un valioso recurso más aplicado a la tarea investigadora, al posibilitar un mejor acercamiento a la realidad de la aplicación práctica de las normas y su problemática en las consideradas plasmada en la tesis doctoral.

Para lograr los fines de esta investigación, el trabajo se ha estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, tras la Introducción donde se pone de relieve la relevancia del trabajo y su planteamiento; en el capítulo II, bajo el título “Contextualización del Arbitraje”, hemos realizado una ubicación de arbitraje como institución jurídica en su vertiente social y jurídica estricta, analizando su evolución histórica. También al final del capítulo realizamos un análisis descriptivo-funcional del arbitraje con el objetivo de centrar la funcionalidad del mismo como mecanismo de composición de conflictos contextualización necesaria en referencia a los fines de esta tesis.

En el capítulo III, bajo el título “La naturaleza jurídica del convenio arbitral”, partiendo de la opción por parte del Tribunal Constitucional de considerar al arbitraje como un contrato con efectos procesales, analizamos, el conjunto de relaciones jurídicas que forman parte del convenio arbitral, esencialmente el contrato de arbitraje y el contrato arbitral, la interrelación entre las distintas relaciones jurídicas entre sí, así como, el régimen general y especial de dichos contratos.

En el capítulo IV, bajo el título “Los deberes de independencia e imparcialidad y deberes conexos en el procedimiento arbitral. Principales efectos de su vulneración”, analizamos estos deberes poniéndolos en relación con los deberes de independencia e imparcialidad del juez. Se analiza la doble naturaleza de dichos deberes en relación a los principios esenciales del procedimiento arbitral (contradicción, igualdad y audiencia) y, en especial, nos centramos en su naturaleza contractual; por último, se estudia los principales efectos de su vulneración, la nulidad del laudo y la responsabilidad de la árbitro derivada de dicha vulneración.

A continuación, resulta preciso centrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica de las relaciones entre el contrato mercantil sometido a arbitraje. Por ello, se dedica el capítulo V a analizar dichas interacciones desde la perspectiva de la conectividad contractual que posteriormente nos servirá de base a la hora de fundamentar los efectos negativos del incumplimiento del árbitro en el contrato principal al propio árbitro residenciado en el contrato arbitral.

El capítulo VI está dedicado casi exclusivamente al estudio del incumplimiento por parte del árbitro de los deberes de independencia e imparcialidad como un incumplimiento contractual. Al final de dicho capítulo, proponemos dentro de los remedios legales para mitigar dicho incumplimiento la posibilidad que se le ofrece a las partes de obtener dicho resarcimiento extrajudicialmente mediante los contratos de reemplazo entendidos como operaciones de cobertura ya que dichos contratos suponen una solución extrajudicial acorde con las necesidades de la moderna práctica comercial.

El trabajo finaliza con unas conclusiones que pondrán en evidencia la trascendencia creciente que tiene hoy la institución objeto de estudio, de manera de que las conclusiones que se obtengan puedan constituir una respuesta real a las cuestiones planteadas durante la presente investigación.

CAPÍTULO II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.

Para abordar el objeto de esta tesis es preciso, en primer lugar, contextualizar a arbitraje como instrumento legal de composición de controversias en estructura de una sociedad democrática moderna, como la nuestra, basada jurídicamente en el concepto de Estado Derecho.

En primer lugar, estableceremos las coordenadas del arbitraje como sistema pacífico y sofisticado jurídicamente de solución de conflictos. Posteriormente, nos centraremos en la evolución histórico-legal del arbitraje, viendo la evolución de su naturaleza jurídica a lo largo de su dilatada historia, ya que no es un sistema de solución de controversias de nuevo cuño y su dilatada evolución histórica le ha dotado, en la actualidad, de una naturaleza jurídica individualizada, que será esbozada en el último epígrafe del presente capítulo.

1. Coordenadas sociológicas del arbitraje

Los actuales sistemas (mecanismos) de resolución de conflictos, como el arbitraje, son uno de los cimientos fundamentales sobre los que se sustentan las sociedades democráticas modernas. Con rotundidad, lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su famosa sentencia recaída en el caso Piersack contra Bélgica¹, afirmando que, en caso de dudas sobre la imparcialidad de los tribunales de justicia, lo que está en juego es “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”. En definitiva, los sistemas de solución de conflictos contribuyen a la paz social y a eficacia y eficiencia de las relaciones entre los ciudadanos, superando sistemas ancestrales como el “ojo por ojo”.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 79/2022, de 27 de junio, conceptúa al arbitraje como “un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus

¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Caso Piersack contra Bélgica de 1 de octubre de 1982.

posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción”. El Tribunal Constitucional dota al arbitraje comercial de individualidad propia frente a la Jurisdicción ordinaria, la cual simplemente tendrá una función de auxilio y control, a referirse a la acción de nulidad de los laudos de la siguiente manera: “Igualmente hemos declarado que si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas — tampoco la relativa al orden público— pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación”.

Para R. M. Roca Sastre, “el derecho no se crea, sino que solo se descubre”². El derecho está implícito en la sociedad. El derecho está en la realidad social. Las instituciones sociales tienen irremisiblemente unas instituciones jurídicas que la organiza y racionaliza. Para Federico de Castro³, E. García de Enterría y Ramón Fernández⁴, una “institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada”.

Según la anterior definición, tanto la doctrina más cualificada⁵, como las sucesivas leyes de arbitraje⁶, coinciden en calificar al arbitraje como institución jurídica.

En conclusión, el arbitraje como institución jurídica forma parte de la realidad social, con una individualización funcional. Se individualiza en base a sus funciones concretas y específicas dentro del todo que es un organismo social⁷. Esta individualización funcional

² Roca Sastre, R.M., Prólogo a la obra de José Puig Brutau. en *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Madrid 1951. “Bajo la idea básica de que el derecho no se crea sino sólo se descubre, hay que sostener que, en el mundo jurídico, al igual que el orden físico, químico, etc., existen una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como fórmulas de protección de los intereses humanos”.

³ Castro y Bravo, F. *Derecho civil de España. Parte general*. vol I, II, III y V. I.E.P. Madrid 1955, pp, 628 y ss.

⁴ García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. *Curso de Derecho administrativo*, 4º ed., Civitas, Madrid, 1999, vol I, pp. 79 y ss.

⁵ Guasp, J. *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Bosch Barcelona, 1956. Prieto Castro, L. *El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española*, en *Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil*, Tomo II. Civitas, Madrid 1950. Fenech-Carreras. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Bosch, Madrid, 1962.

⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1953: “Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje”.

⁷ Vallet de Goytisolo, J.B., “Las Instituciones Jurídicas”. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 32, 2002, pp. 39-60

para el caso del arbitraje se sustenta sobre dos coordenadas: como sistema de solución de conflictos nacido de la libertad, manifestada a través de la autonomía de la voluntad.

El concepto de libertad no es un término absoluto, muy al contrario, tiene límites. “Mi libertad se termina dónde empieza la de los demás” (Jean-Paul Sartre). Efectivamente, la libertad del hombre, al vivir en sociedad, tiene sus límites en la libertad del resto de los individuos. Es en esa zona fronteriza de fricción donde nace el conflicto. El conflicto es, en esencia, un desequilibrio en las relaciones sociales. Un conflicto se gesta por la existencia de intereses divergentes, por una distinta valoración sobre un hecho o por la existencia de intereses convergentes sobre un bien o recurso escaso, conflictos propios de la actividad empresarial.

Los sistemas de solución de conflictos, como el arbitraje e incluso la jurisdicción ordinaria, son mecanismos sofisticados, creados para corregir los desequilibrios surgidos del ejercicio de nuestra libertad social, haciendo que el grupo social funcione eficaz y eficientemente.

Entendemos interesante, para los objetivos de este trabajo, delimitar aunque sea someramente, los conceptos de conflicto y libertad, ya que los utilizaremos con frecuencia a lo largo de nuestro estudio.

1.1. El conflicto

La realidad social donde el arbitraje despliega sus efectos es lo que el profesor Jaime Guasp ha dado en llamar “el ámbito de los conflictos posibles entre los miembros de la comunidad”. El conflicto social es un trozo de la vida⁸. El conflicto es consustancial a la naturaleza humana, en especial en el desenvolvimiento del ser humano como “animal gregario” que es. El conflicto es parte de nuestra naturaleza, lo llevamos en nuestra carga genética, entramos en conflicto con nosotros mismos y con los que rodean. En definitiva, vivimos en un constante conflicto.

El profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Turín, Norberto Bobbio⁹, desarrolla el siguiente concepto de conflicto. Para el profesor Bobbio, conflicto es: “una forma de interacción de individuos, grupos, organizaciones y colectividades que implica

⁸ Guasp, J., op. cit. 15.

⁹ VVAA, *Prácticum de Mediación*, Aranzadi, Madrid, 2014. P. 48.

enfrentamientos por el acceso a recursos escasos y su distribución”. Hemos elegido, de entre los muchos que existen, este concepto de conflicto, ya que la mayoría de los conflictos que son objeto del arbitraje comercial, al ser conflictos eminentemente patrimoniales y desenvolverse en un entorno económico surgen de la escasez de los mismos. La escasez de recursos es la causa directa del valor de los recursos.

Una estructura social para su funcionamiento y desarrollo necesita de una estructura económica que dote a sus miembros y a la propia sociedad de los mecanismos económicos para el desarrollo de sus objetivos personales y comunitarios. La actividad económica otorga los recursos necesarios para la consecución de los fines sociales. No es casual que aquellos sistemas jurídicos más sofisticados se correspondan con sociedades ricas y prósperas.

Los bienes y servicios son valorados económicamente porque son escasos. Dicha escasez es fuente de conflictos. Poseer sistemas sofisticados y económicamente eficiente de solución de conflictos será la base de una sociedad moderna. Como hemos dicho, la actividad económica en una sociedad moderna es un componente esencial, prueba de ello es que nuestra Constitución¹⁰ la regula.

No podemos omitir en nuestro análisis la cara del conflicto como fuerza de avance social, pero a nosotros no va a interesar la faceta del conflicto como causa del desequilibrio social o individual. Es un elemento perturbador de la paz social. Es por eso que, desde tiempos inmemoriales, el hombre ha desarrollado diversos sistemas de solución de conflictos que persiguen el equilibrio social y personal de los ciudadanos. Sistemas que van desde la arcaica “Ley del Talión”, propia de modelos sociales primitivos, hasta los modernos y sofisticados sistemas de solución de conflictos. Sistemas basados en principios como el “win to win”, donde no hay ganadores ni perdedores, donde el conflicto se enfoca como una oportunidad para avanzar de ambas partes en conflicto, mitigando la energía explosiva del mismo. Mecanismos donde la sanción, como forma expeditiva de resolver la controversia, también evoluciona desde concepciones basadas en el castigo y la ejemplaridad hasta los sistemas actuales donde la sanción debe tener un fin socializador

¹⁰ Constitución Española de 1978. Título VII. Economía y Hacienda

del infractor. Sistemas basados en la autogestión del conflicto, como, por ejemplo, la negociación y la mediación, son un claro ejemplo de lo dicho.

No obstante, no podemos obviar el amplísimo catálogo de conflictos o controversias que existen en una sociedad compleja como la actual. El arbitraje legalmente regulado, como mecanismo de resolución de conflictos, solo se ocupará de aquellas controversias que, o bien tengan su origen en relaciones jurídicas, de libre disposición por parte de las partes o bien su solución pase por una solución estructurada jurídicamente¹¹.

Llegados a este punto debemos preguntarnos si cualquier controversia jurídica es susceptible de ser resuelta mediante arbitraje. La respuesta a esta pregunta se encuentra en la Ley de Arbitraje de 2003, cuyo artículo 2 limita el arbitraje a aquellas relaciones jurídicas sobre las cuales posean libertad de composición, excluyendo a la jurisdicción ordinaria de la resolución de la controversia, como sistema establecido por defecto por la Constitución en su artículo 117. Todo lo cual nos lleva a descubrir el concepto de libertad, que, como hemos dejado dicho en su momento, se convierte en un elemento esencial a la hora de conceptualizar y entender al arbitraje.

1.2. La Libertad

Libertad y arbitraje son dos términos que han evolucionado juntos a lo largo de la historia de las sociedades de nuestro entorno. La evolución del arbitraje, como medio de solución de conflictos, vive sus momentos de esplendor con el desarrollo de las modernas sociedades basadas en principios democráticos. Son ordenamientos jurídicos donde el concepto de libertad está vinculado al libre desarrollo del individuo. Ordenamientos donde los conceptos de persona y libertad están consustancialmente unidos con la dignidad de la persona, en sintonía con lo prescrito en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹². En nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, lo encontraríamos consagrados en los artículos 1.1 y 10 de la Constitución de 1978.

¹¹ Hernández-Gil Álvarez Cienfuego, A. Comentarios al Título I de la Ley 60/2003 de Arbitraje, Martín Muñoz, A y Hierro Anibarro (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Barcelona, 2006. “La controversia es, a nuestro juicio, cualquier discrepancia de las partes sobre su propia conducta en relación con el contrato o relación jurídica principal”.

¹² Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 de 10 de diciembre de 1948.

La vinculación más evidente, en nuestra historia constitucional, entre arbitraje y libertad, la encontramos en la Constitución de Cádiz. La Exposición de Motivos de la Constitución de 1812, primera de nuestras constituciones liberales, proclama que “el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural”. La Constitución de 1812 supone la primera y única vez en nuestra historia constitucional donde se nombra al arbitraje, vinculándolo al concepto de “libertad natural”. Término acuñado por Rousseau en su “El contrato Social”¹³, donde la libertad es uno de los elementos esenciales (naturales) del ser humano.

Esta vinculación teleológica, entre arbitraje y libertad, no es casual. Dos motivos la provocan, por un lado, a principios del siglo XIX en toda Europa y particularmente en España, se vive una intensa exaltación de las ideas de Locke y Montesquieu. La idea de una justicia impartida libre e independientemente es una lógica derivada de la idea de la “división de poderes”¹⁴. Un segundo motivo lo encontramos en el fenómeno del nacimiento de una nueva clase social, la burguesía, que nace como contrapunto a la vieja y rígida estructura gremial. Esta incipiente pero influyente clase social, poseía importantes cuotas de poder en el Cádiz sitiado de la época, ya que en Cádiz era donde residían importantes intereses comerciales y veían con muy buenos ojos el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias propio su actividad.

La Constitución de 1812 es la única y última vez que el término arbitraje es nominado como tal, en un texto constitucional. La Constitución de 1978 no nombra el arbitraje, pero sí lo constitucionaliza a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vinculando de nuevo el arbitraje con el desarrollo de la libertad.

¹³ Rousseau, J.J. *El Contrato Social*, 1762.

¹⁴ Merino Merchan, J.A. La Constitución de 1812 y el Arbitraje. *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 14, 2012, pp. 35. “Al reconocimiento de la institución arbitral en la Constitución de 1812, no fue ajena la concepción de un orden judicial libre e independiente (arts. 17, 242 y 243) como preocupación de los constituyentes de 1812, que siguieron las tesis de Locke y Montesquieu sobre la división de poderes (arts. 15, 16 y 170) y el papel axial de la libertad individual civil (art. 4)”.

En la jurisprudencia constitucional a lo largo del tiempo se observa una evolución doctrinal, encuadrando en primer lugar al arbitraje en el artículo 24 y la tutela judicial efectiva, calificándolo como “equivalente judicial”, término no exento de polémica. Hasta sentencias más recientes¹⁵, que embridan al arbitraje con el concepto de libertad personal del artículo 10. Pese a esto, el Tribunal Constitucional, desde su Auto 259/1993¹⁶, pone de manifiesto la estrecha relación existente entre arbitraje y libertad, señalado que esta última es “su fundamento y motor”.

Tampoco podemos olvidar brillantes argumentaciones al respecto, como la del magistrado del Constitucional, Juan Antonio Xiol Ríos, vertida en su Sentencia 9/2005¹⁷, de 17 de febrero de 2005. El Magistrado, ponente de dicha sentencia, establece el anclaje constitucional del arbitraje en el artículo 10 de la Constitución, y no, como venía defendiendo el Constitucional tradicionalmente, con respecto al artículo 24, de tutela judicial efectiva¹⁸. La misma línea jurisprudencial es reiterada, por el mismo Magistrado, a través de su voto particular emitido en la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con motivo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, Sentencia 1/2018, de 11 de enero¹⁹.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, la 46/2020, de 15 de junio de 2020, 17/2021 de 15 de febrero de 2021, 55/2021, de 15 de mayo de 2021, 65/2021, de 15 de marzo de 2021, 50/2022, de 4 abril 2022 y la 79/2022 de 27 de junio 2022

¹⁶ ATC 259/1993, de 20 de julio. “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad”

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005 de 17 de febrero de 2005. “El arbitraje es un "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)”.

¹⁸ Xiol Ríos, J.A. “El arbitraje en la Constitución” en *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, (CIMA), Madrid, 2015, pp.51-56. “Sostengo, pues, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene asiento en el art. 24, que consagra el derecho a tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, sino en el art. 10, que proclama la dignidad y autonomía de la persona. (...) La STC 9/2005 declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior de ordenamiento”.

¹⁹ STC de Pleno 1/2018, de 11 de enero, en el voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 2578-2015. “Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como ‘equivalente jurisdiccional’ (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales”.

A continuación, es preciso analizar la libertad como libertad contractual como contenido del libre desarrollo de la personalidad debido a que la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, tiene su derivada en el Derecho privado en el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1255 del Código Civil.

Según el profesor Díez-Picazo²⁰, uno de los logros históricos de las sociedades modernas estructuradas como Estados democráticos y de Derecho, que propugnan la Libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, es la libertad de contratación como parte de la libertad personal.

De Castro definió a la autonomía de la voluntad como “aquel poder complejo reconocido a las personas para que ejerciten sus facultades, sean dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujetos de derechos, sean para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”²¹. Para Albaladejo es “el más amplio poder para estructurar las relaciones jurídicas”²², mientras que Puig Brutau, mucho más sintético, afirma: “La autonomía de la voluntad significa que, en principio, todo individuo puede contratar cuando quiera como quiera y con quien quiera”²³.

Nuestra Constitución de 1978 forma parte del grupo de Constituciones que no consagran específicamente la libertad de contratación como principio constitucional individualizado, encontrándose incluido en su artículo 10, tal y como señala el Tribunal

²⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Contrato y Libertad contractual” Ponencia dictada y publicada en la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas. Centro de Estudios Areces. Madrid, 1998.

²¹ De Castro y Bravo, F. *El negocio jurídico*. Instituto nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

²² Albaladejo, M., *Derecho civil I Introducción y Parte General*. Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1985. pp. 143 y ss.

²³ Puig Brutau, J. *Compendio de Derecho Civil*. Volumen II, Bosch, Barcelona, 1987, p. 169.

Constitucional en el voto particular emitido en su Sentencia 5/1981 de 13 de febrero²⁴. Sin embargo, otro grupo de Constituciones como, por ejemplo, la Constitución peruana de 1993 que en su artículo 2.14 ,en relación con el artículo 62, regula específicamente la libertad de contratar²⁵.

Con respecto a la íntima relación entre arbitraje y libertad contractual, el Tribunal Constitucional lo pone de manifiesto dicha relación en su Sentencia 9/2005, afirmando que: “El arbitraje es un “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”. Esta vinculación del arbitraje con la libertad es constante en el tiempo, tal y como quedo enunciado en su Sentencia 176/1996, de 11 de noviembre, se mantuvo en el voto particular del Magistrado del Constitucional Xiol Ríos a la Sentencia 1/2018 de 11 de enero de 2018 y llega hasta nuestros días, siendo un caro ejemplo la Sentencia del Constitucional 79/2022 de 27 de junio.²⁶

Todo lo anteriormente expuesto, tiene las siguientes consecuencias jurídicas que son resultado de relevancia de nuestra investigación.

1º La autonomía de la voluntad es el elemento conformador esencial del arbitraje como institución jurídica. Por ello, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje a la hora de enmarcar la arbitrariedad de las materias que pueden someterse a arbitraje, circunscribe el objeto un

²⁴ STS 5/1981, de 13 de febrero de 1981. Voto particular sobre el Motivo Primero de la Sentencia formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas. “Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vide arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 53 de la Constitución). Por ello pienso que sería nula de pleno derecho, no sólo en base a los arts. 6.3 y 1255 del Código Civil, sino en virtud de los citados preceptos constitucionales, cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro”.

²⁵ Constitución Política Peruana 1993 Artículo 2º 14.- Derechos fundamentales de la persona. (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Artículo 62º. Libertad de contratar. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

²⁶ STC 79/2022, de 27 de junio, conceptúa al arbitraje como “un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción”

procedimiento arbitral aquellas materias sobre las cuales el ordenamiento jurídico otorga a las partes la “libre disposición”.

2º El arbitraje es una decisión libre de las partes que en base a su autonomía de voluntad que excluyen la jurisdicción ordinaria como mecanismo rector en la solución de sus conflictos, según pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Sevilla²⁷. Composición que queda sometida a un particular, llamado árbitro, independiente e imparcial.

1.3. El arbitraje como ADR'S²⁸

Superada la “Ley del Tali3n”, del Antiguo Testamento, o el “ojo por ojo”, propios de sociedades primitivas. En su evoluci3n se va abandonando sistemas de composici3n de conflictos basados fundamentalmente en el ejercicio de la violencia. Dicha evoluci3n termina en el nacimiento y desarrollo de mecanismos compositivos m1s sofisticados, donde la sociedad adquiere la potestad pacificadora propia de sociedades modernas.

Los modernos sistemas de composici3n (soluci3n) pueden calificarse en dos grupos, dependiendo de quien ostentará la potestad compositiva. Por un lado, tendr1amos aquellos mecanismos de composici3n, como el arbitraje, donde las partes en conflicto otorgan la potestad de composici3n a un tercero independiente e imparcial. Arbitro para el caso del arbitraje y juez para el 1mbito jurisdiccional. A estos mecanismos los denominamos heterocompositivos. Por otro lado, tendr1amos aquellos mecanismos donde las partes no pierden el control ni la potestad de resoluci3n, son las propias partes las que llegan a la

²⁷ En este sentido se pronuncia SAP de Sevilla, Sala 5ª de 26 de enero de 2011”. Tercero. El convenio arbitral es el contrato mediante el cual dos o m1s personas expresan su voluntad de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relaci3n jur1dica, contractual o no contractual. El convenio puede adoptar la forma de una cl1usula incorporada a un contrato o constituir un acuerdo independiente. Debe constar por escrito, en un documento firmado por las partes (art. 9.1 LA), y puede resultar, incluso de un intercambio de cartas, telegramas, fax u otros medios de telecomunicaci3n que dejen constancia del acuerdo (art. 9.3 LA). El convenio arbitral est1 sometido a las normas generales de los contratos en todo lo no espec1ficamente previsto en la LA. No obstante, el antiformalismo de la LA, el convenio debe ser redactado por escrito, de manera sencilla y sin formalidades especiales, debiendo contener necesariamente los siguientes elementos: La identificaci3n de las partes, la expresi3n de su voluntad de someterse a arbitraje, y la determinaci3n de la relaci3n jur1dica singular. Las dem1s condiciones son facultativas, y su omisi3n no es invalidante, pudiendo ser incluidas en acuerdos complementarios o suplidas del modo legalmente previsto (v.gr., la clase de arbitraje, el nombramiento de 1rbitros, plazo, lugar, normas de procedimiento, etc.)”.

²⁸ Alternatives Disputes Resolutions. Sistemas alternativos al proceso judicial para resolver conflictos entre sujetos.

solución de los mismos. A estos sistemas los denominamos autocompositivos, como por ejemplo de ellos tendríamos la mediación²⁹, la conciliación o la negociación.

2. Coordinadas histórico-legales del arbitraje

2.1. Introducción

Pese a existir referencias al arbitraje en sociedades muy antiguas, podemos, afirmar que nos encontramos ante el precursor histórico de las jurisdicciones modernas. En el presente epígrafe, vamos a desarrollar su “devenir” evolutivo a lo largo de la Historia tomando como “hilo conductor” su evolución jurídica y legislativa.

Dicho proceso histórico, como veremos, ha sido un constante movimiento pendular entre concepciones iusprivatistas e iuspublicistas, en definitiva, entre concepciones contractuales a procesalistas.

Dejando de lado los antecedentes griegos de la institución arbitral, debemos iniciar nuestro periplo histórico, como no podía ser de otro modo, en Roma, ya que, no podemos pasar por alto, en el estudio de cualquier institución jurídica, la vigencia del derecho romano y sus instituciones en nuestro derecho moderno.

2.2. La institución del arbitraje en Roma

En la Roma pre-republicana, del siglo VIII a. C., en el ámbito del comercio y de los mercados internos, se utiliza el arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos, e incluso con anterioridad de asunción por parte del Estado de la facultad de impartir justicia mucho antes de la atribución de dicha potestad jurisdiccional a los jueces y magistrados³⁰.

²⁹ Regulada legalmente en nuestro ordenamiento jurídico por Ley 5/2012 de 6 de julio.

³⁰ Verdura y Tuells, E. *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, en discurso del acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído 6 de junio 2005.

Según diversas fuentes, tanto literarias como jurídicas, en los primeros siglos de Roma, el arbitraje habría cumplido un importantísimo papel en ámbito comercial, al igual que en la actualidad. Pero no es hasta la Roma clásica donde el arbitraje adquiere sus perfiles actuales. En especial en sus dos categorías de acuerdo de voluntades, “*compromissum*”³¹, y el “*conventio, receptum arbitrii*”³², antecedente de lo que conceptuamos en la actualidad como “contrato de arbitral”.

Por lo tanto, es en esta época donde la figura del arbitraje se conforma como equivalente a los juicios teniendo ambos sistemas la finalidad última de resolver las controversias³³.

Esta configuración del arbitraje basada en el pacto interpartes, “*compromissum*”, y en el pacto entre las partes y el árbitro “*receptum arbitrii*”, se mantiene desde finales de la República y más especialmente durante toda la etapa clásica.

En la etapa postclásica y justiniana se producen ciertos cambios en la configuración y los efectos del arbitraje compromisario, por causa fundamentalmente al notable incremento de su utilización, debido al grave deterioro de la Administración de Justicia. Es en época justiniana, cuando se produce la mayor aproximación y equiparación de efectos, entre proceso y arbitraje, alejándose la concepción contractual, iusprivatista y acercándose a un planteamiento mucho más iuspublicista. Es en dicha época donde encontramos las instituciones básicas para convertir al arbitraje en un auténtico “equivalente jurisdiccional”³⁴.

Lo anteriormente expuesto es una visión esquemática en referencia al Derecho Romano, pero nos interesa reseñar que el arbitraje nace como una institución contractual, en el ámbito de las relaciones comerciales, aunque con posterioridad se le utiliza para solucionar problema propio de la jurisdicción ordinaria, como la masificación de

³¹ Acuerdo entre las partes, en relación a la elección del árbitro, procedimiento y cumplimiento de lo decidido.

³² Acuerdo entre las partes y el árbitro, en el sentido de regular la aceptación por parte del árbitro, del encargo formulado por las partes, de obligarse a emitir la decisión sobre el asunto objeto del arbitraje.

³³ Digesto, 5.1.81, Ulpiano “No puede ser juez quien no ejerce jurisdicción (...) ni fue elegido en virtud arbitraje compromisario (...).”

³⁴ Vid al respecto en Fernández de Bujan. “La deuda histórica del arbitraje moderno”, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Pag. 28.

procedimientos y la consecuente lentitud en la resolución de estos, lo que constituye problemas que nos resultan muy familiares.

Hispania romana, no es ajena a dicho planteamiento de origen³⁵. En 1979, en la localidad zaragozana de Botorrita, es descubierta una tabla de bronce donde se constataba que en el año 87 a. C. los antiguos pueblos celtibéricos, bajo la dominación romana, ya utilizaban primitivos procedimientos de arbitraje para la solución de sus conflictos, basado en procedimientos consuetudinarios y privados. Dicho arbitraje era homologado por la jurisdicción romana a través de la *addictio* (equivalente romano a nuestra ejecución judicial), equiparándolo al *compromissum receptum* de los romanos.

2.3. Regulación legal del arbitraje en la normativa prealfonsina

Nuestro Derecho medieval tampoco se olvida del arbitraje, el cual sigue viviendo entre dos aguas, la privatista y la judicialista dependiendo de las épocas. En el “Breviario de Alarico” la concepción del arbitraje fue claramente privatista. En el Derecho visigodo, gracias al impulso en el “*Liber Iudiciorum*”, los vientos que inflan las velas del arbitraje rolan a una orientación más judicialista. Para Merchán Álvarez es el inicio de la equiparación entre árbitros y jueces, ya que dicho texto equipara el nombre, los derechos y responsabilidades, tanto de jueces como de árbitros (*iudicex es consensu partium*). Para Merchán es el momento donde arranca la tradición secular de nuestro ordenamiento jurídico de equiparación de las causales para la recusación de los jueces a los árbitros, tradición legal mantenida, hasta la llegada la actual Ley de Arbitraje de 2003³⁶. Dicha ley, consciente de la distinta naturaleza de la función judicial y arbitral, afirma dicha distinción, como veremos, en su Exposición de Motivos³⁷.

³⁵ Verdera y Tuells, E. op cit. p. 18

³⁶ Merino Merchán, A. op. cit.

³⁷ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, “Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general. Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral”. La nueva Ley de Arbitraje rompe con la línea continuista, en este punto, mantenida has la Ley de 1988 de Arbitraje.

El Fuero Real del año 1255 asume la equivalencia entre la figura del juez y del árbitro. Esta equivalencia se mantiene en las Partidas de Alfonso X el Sabio. En la Partida III, Título IV, distingue entre jueces ordinarios, delegados y árbitros. Las Partidas definen a los árbitros³⁸, siendo en las leyes 23^a a 25^a donde se recoge su regulación específica distinguiendo, tal y como hacemos en la actualidad, entre árbitros de derecho “avenidores” y árbitros de equidad “advidriadores”.

No podemos pasar por alto la importancia que tienen en nuestra historia jurídica la normativa foral, consecuencia de la gran autonomía legislativa que poseían ciertos fueros municipales, la cual también se ocupa de la institución arbitral. Cabe destacar con respecto a la regulación foral del arbitraje municipal, por su depurada técnica jurídica, los Fueros de Sepúlveda y Soria³⁹.

2.4. Las Partidas de Alfonso X ‘El Sabio’

Las Siete Partidas, promulgadas bajo el reinado del Rey de Castilla Alfonso X, conocido con el sobrenombre de ‘El Sabio (1254-1284), es uno de los textos jurídicos más influyentes de nuestra historia. Fueron promulgadas con la finalidad de unificar la gran disparidad normativa existente, debido a la multiplicidad e importancia de los fueros municipales. Denominadas en un principio como “Libro de las Leyes”, es a partir del siglo XIV cuando se las empieza a llamar “Siete Partidas”, debido a la siguiente estructura.

La Primera Partida. 24 títulos y 516 leyes. Las fuentes del derecho.

La Segunda Partida. 31 títulos y 359 leyes. El poder terrenal

La Tercera Partida. 32 títulos y 543 leyes. La justicia y la administración de justicia.

La Partida Cuarta. 27 títulos y 256 leyes. El derecho de familia.

La Partida Quinta. 15 títulos y 374 leyes. Obligaciones y contratos.

La Partida Sexta. 19 títulos y 272 leyes. Derecho sucesorio.

La Partida Séptima. 34 títulos y 363 leyes. Derecho penal.

³⁸ “Juzgadores de albedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes.”

³⁹ Merchán Álvarez, A op. cit. p. 21

En referencia al arbitraje, Las Partidas, suponen la concreción de toda la tradición jurídica anterior en referencia a la equiparación del árbitro a la figura del juez y, con ello, la asunción de la naturaleza procesal de arbitraje, concluyendo con Antonio Merchan⁴⁰, “que los árbitros en líneas generales se tienen en la mente del legislador como unos jueces más”. Un claro ejemplo de lo anteriormente dicho es el hecho de que en las Partidas, tanto los jueces puestos por el rey como los jueces propuestos por las partes en conflicto, denominados Jueces de alvidrio,⁴¹ , tengan facultad para juzgar.

En la Partida III, Título IV, tal y como ya hemos dicho, se distingue entre jueces ordinarios, delegados y árbitros. Las Partidas definen a los árbitros⁴², siendo en las leyes 23ª a 25ª donde se recoge su regulación específica distinguiendo, tal y como hacemos en la actualidad, entre árbitros de derecho “avenidores” y árbitros de equidad “advidriadores”.

2.5. La Constitución de 19 de marzo de 1812

El punto álgido del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico constitucional del arbitraje llega en 1812 con la promulgación de la Constitución liberal de Cádiz conocida vulgarmente como la “Pepa”. Es en dicho texto constitucional donde el arbitraje adquiera categoría de derecho fundamental de los ciudadanos⁴³. La Exposición de Motivos de la Constitución de 1812 señala elocuentemente que “el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural”. Como indica Merino Merchán, la constitucionalización del arbitraje es la consecuencia de dos fenómenos, uno histórico y otro sociológico.

A principios del siglo XIX, en toda Europa y particularmente en España, se vive una intensa exaltación de las ideas de Locke y Montesquieu, donde la idea de una justicia

⁴⁰ Merino Merchán, J.A. op. cit. p.40

⁴¹ Partida III,4.2. “Mas los otros Jueces de alvidrio non pueden ser puestos, si non por avenencia de ambas partes”

⁴² “Juzgadores de albedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes.”

⁴³ Merino Merchán, J.A. op. cit. p. 3

impartida libre e independientemente es una lógica derivada de la idea de la “división de poderes”⁴⁴. El ciudadano, en ejercicio de su libertad, podrá optar por acudir a la jurisdicción estatal para resolver sus conflictos o al arbitraje. Volvemos a establecer una estrecha relación teleológica entre arbitraje como forma de libertad individual.

El fenómeno de afianzamiento de la libertad individual de los ciudadanos coincide con el nacimiento de una nueva clase social, la burguesía urbana, que surge como contrapunto a la vieja y rígida estructura gremial. Esta incipiente, pero influyente clase social, poseía importantes cuotas de poder en el Cádiz sitiado de la época, ya que en Cádiz era donde residían relevantes intereses comerciales internacionales. No podemos olvidar que, con la caída de Sevilla y Madrid en manos francesas, todo el comercio con América se gestionaba y organizaba desde allí. La clase empresarial gaditana veía en el arbitraje una atractiva forma de resolver sus conflictos, razonable, sencilla y especializada. De este modo se apostaba de forma decidida por la constitucionalización del arbitraje como un opción más para la resolución de conflictos en el nuevo orden social, político y jurídico que surgiría con la aprobación de la Constitución de 1812⁴⁵.

En base a todo lo expuesto, podríamos pensar que esta corriente liberal pondría el acento del arbitraje en su naturaleza privada como desarrollo de la autonomía de la voluntad, manifestación del desarrollo de la libertad individual. No obstante, la Constitución de 1812 sigue apostando por la naturaleza procesal del arbitraje, ya que, incluye a este dentro de su título V, dedicado a los “De los tribunales y la administración de justicia en lo civil y criminal”.

⁴⁴ Merino Merchán, J.A. op. cit. p. 35. “Al reconocimiento de la institución arbitral en la Constitución de 1812, no fue ajena la concepción de un orden judicial libre e independiente (arts. 17,242 y 243) como preocupación de los constituyentes de 1812, que siguieron las tesis de Locke y Montesquieu sobre la división de poderes (arts. 15,16 y 170) y el papel axial de la libertad individual civil (art.4).”

⁴⁵ Merino Merchán, J.A. op. cit., p. 34 “el arbitraje surge en la Constitución gaditana como instrumento de la incipiente burguesía, que veía en ese instrumento el mecanismo necesario para poder resolver de una manera razonable y sencilla sus controversias, lo cual encontró en la ciudad de Cádiz, radicalmente liberal en aquellos años, un clima propenso para incorporarlo en los negocios que mantenía con los puertos franco ingleses, del norte de Europa, y aún más era la sede del monopolio comercial español con América en el siglo XIX”.

2.6. El arbitraje y la codificación

Los siglos XVIII y XIX se caracterizan por una fuerte etapa de codificación. En esta época la impronta procesal del arbitraje era palmaria, digna heredera de la concepción romana más clásica del arbitraje como el pacto por el que las partes acuerdan someter una o varias controversias o conflictos nacidos de su relación jurídica a arbitraje del Derecho Romano, “compromissum”. Esta concepción procesalista del arbitraje llega casi inalterable hasta nuestro Código Civil de 1889. Los artículos 1820 y 1821⁴⁶, que estarán vigentes hasta su derogación por la Ley de Arbitraje de 1988, son un claro ejemplo de lo dicho⁴⁷.

Por otro lado, la codificación de la normativa procesal refuerza la naturaleza procesalista de arbitraje. La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 dedicó su Título IV al arbitraje; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 diferencia en sus respectivos Títulos entre arbitraje de derecho y de equidad; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 también regula dentro de su articulado lo que denomina “De los juicios arbitrales y de los amigables componedores”.

2.7. Las Ordenanzas de Bilbao⁴⁸

Con respecto a la evolución histórica del arbitraje, las Ordenanzas de Bilbao supone un importantísimo hito en referencia a la concepción contractual del arbitraje. Como señala Verdura y Tuells, el arbitraje en la Ordenanzas de Bilbao se consagra, por primera vez, como una vía natural y forzosa para resolver los litigios de los socios. Este arbitraje forzoso se establece en un importante precedente del régimen sancionado por el Código de Comercio de 1829 y por la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre negocios y causas de

⁴⁶ Texto original de 1889 del Artículo 1.821. “Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos.

En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Dicho artículo se refiere al Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885.

⁴⁷ El citado artículo 1820: “Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”. Es casi una transcripción literal del texto Romano recogido en el Digesto, bajo la referencia, D.4.8.27.5. Siendo el antecedente más directo del artículo 1820. “Compromittere possunt qui liberam habent rerum administrationem: compromittere possunt qui possunt transigere”.

⁴⁸ Ordenanzas de Bilbao promulgadas el 4 agosto de 1737.

comercio de 1830.⁴⁹ Podemos entender que nos encontramos ante el antecedente legislativo del actual arbitraje societario voluntario, regulado en la actual Ley de 2003⁵⁰.

2.8. El Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830

En 1828, el Rey Fernando VII, ordena a su ministro Luis López de Ballesteros poner en marcha los trabajos, de elaboración de un código de comercio que aglutinara la variopinta legislación mercantil de la época, superando las Ordenanzas de Bilbao de 1737. La idea de codificar la legislación mercantil no surgió “prima facie” del monarca. En la Constitución de Cádiz de 1812, inspirada en los principios liberales de la burguesía empresarial de la época, en su artículo 257 se puede leer: “El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía (...)”. Pero Fernando VII, por Real Orden de 11 de enero de 1828 le otorga el pertinente impulso político. Viendo la luz el nuevo Código el 30 de mayo de 1829.

Con respecto a la materia que nos ocupa, hereda el arbitraje forzoso en materia societaria, ya establecido en la Ordenanzas de Bilbao. La importancia que al respecto tiene este hecho no es otra que reconocer a la realidad jurídica comercial la especialidad y entidad suficiente para poseer un sistema de resolución de conflictos propio, al margen de la jurisdicción ordinaria estatal, estableciéndose una suerte de Jurisdicción comercial.

En 1830 se promulga la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, la cual posee dos títulos (I y IV)⁵¹, estando el IV específicamente dedicado al arbitraje⁵².

La Ley de 1830 supone la ubicación del arbitraje dentro de la dogmática procesalista. Ubicación que se mantendrá hasta la Ley de Arbitraje de 1953, la cual vuelve de nuevo la mirada a considerar al arbitraje como un contrato.

⁴⁹ Verdera y Tuells, E. op. cit.

⁵⁰ Arbitraje societario regulado en el artículo 11 bis de la ley 60/2003, bajo la denominación de arbitraje estatutario.

⁵¹ Merchán Álvarez, A. op. cit, p. 24

⁵² Hinojosa Segovia, R., *El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991. p. 13.

En dicha ley se establece de nuevo la diferencia entre árbitros, estableciendo los dos tipos de arbitraje que conocemos en la actualidad. Los árbitros propios del arbitraje de derecho, y los amigables componedores propios del arbitraje de equidad.

2.9. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, antecedente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, regulaba el arbitraje en sus Títulos XV y XVI, dentro de la “Jurisdicción Contenciosa”, remarcando con ello el eminente carácter procesal de la Institución.

2.10. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 y el Código Civil

A continuación, es preciso analizar tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como el Código Civil, ya que, hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1953, la regulación del arbitraje se encuentra contenida, por un lado, en el libro IV del Código Civil dedicado a las “obligaciones y contratos”, en el Título XIII donde se desarrolla legalmente las transacciones y los compromisos. Por otro, el título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicado al “juicio de árbitros y amigables componedores”

¿Pero cuál es punto de unión de ambas legislaciones? El cordón umbilical lo encontramos en la redacción del artículo 1.821 del Código Civil que, hasta su reforma por la Ley de Arbitraje de 1953, remitía a la Ley de Enjuiciamiento Civil todo aquello referido al procedimiento arbitral, señalando que se regulará mediante lo previsto en la ley de enjuiciamiento. Por lo tanto, se produce una división poco satisfactoria entre un tratamiento sustantivo del arbitraje y su procedimiento⁵³, encontrándonos con disparidades terminológicas, ya que, como observa el profesor Guasp, el Código Civil se

⁵³ Guasp, J, op. cit. , p. 33. “Pero esa situación era muy poco satisfactoria. La verdad es que el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil española, dedicados por sus creadores a vivir juntos, ofrecen al jurista el espectáculo de un matrimonio mal avenido. Ni se acoplan, ni se entienden recíprocamente; se ignoran; y hasta casi podríamos decir que se desdennan”

refiere al arbitraje, según como lo denomina la doctrina moderna, como concepto global y omnicomprendivo. En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil sigue distinguiendo entre arbitraje y amigable composición. Este hecho pone de manifiesto una más que incómoda pervivencia de un sistema anticuado ya superado, con otro más moderno y mucho más acorde con los nuevos tiempos de la práctica jurídica.

2.11. La Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953

La Ley de Arbitraje Privado de 1953 derogó toda la normativa existente hasta entonces sobre arbitraje, incluido el artículo 1821 del CC, fusionando los dos tipos de arbitrajes, el arbitraje conceptuado de modo estricto y la amigable composición, respetando sólo la distinción entre arbitrajes de derecho y arbitrajes de equidad.

Abandona la concepción procesalista del arbitraje seguida, como hemos visto durante nuestra historia jurídica, por la ineludible influencia del Derecho Romano. La Ley de Arbitraje de 1953 es eminentemente contractualista, definiendo en su artículo 2 el arbitraje en los siguientes términos: “se entiende por arbitraje la institución por la que una persona o más dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”.

Establece un arbitraje dividido en dos fases. Primero, mediante el contrato preliminar de arbitraje y, en un segundo momento, el compromiso, que se perfeccionará en el momento de someter un conflicto real y objetivable entre las partes a arbitraje.

Fue una ley extremadamente formalista, al obligar al otorgamiento de escritura pública, pensada más para el ámbito civil que mercantil, donde tenía sus raíces naturales, llegándose a decirse de ella que no era una ley de arbitraje, sino que era una ley contra el arbitraje.

Para González Campos⁵⁴, el arbitraje adquiere las siguientes características bajo la Ley de 1953.

1º La clásica, borrosa y polémica distinción entre contrato preliminar de arbitraje y cláusula compromisoria. Dicha disociación daba no pocos problemas a la práctica arbitral haciéndola farragosa y poco ágil.

2º Prohibía el arbitraje institucional, estableciendo la interdicción de que el árbitro pudiera ser nombrado por un tercero. Las Cortes de Arbitraje, en la actualidad, suponen un elemento esencial de la práctica arbitral, tanto nacional como internacional. Sin embargo, la ley del 53, con dicha prohibición, dejaba a nuestro arbitraje sin una herramienta fundamental en la modernización de la práctica arbitral y dificultaba absurdamente la internacionalización de nuestras empresas.

3º Preponderancia en el texto legal de las normas de derecho necesario, dejando a la autonomía de la voluntad un terreno de actuación casi inexistente en el arbitraje.

4º Establecía la obligatoriedad de la protocolización notarial del laudo, perjudicando, gravemente con ello, la agilidad del procedimiento arbitral.

En definitiva, la Ley de Arbitraje de 1953 trajo un divorcio entre la práctica mercantil y el arbitraje como sistema de resolución de conflictos empresariales donde la flexibilidad y la rapidez de la solución aportan el verdadero valor añadido del arbitraje, llegando a ser calificada como una ley antiarbitraje. Pero, pese a ello, no podemos olvidar que dicha Ley abandona la concepción procesalista del arbitraje introduciendo una concepción contractualista, mantenida hasta nuestra vigente Ley de Arbitraje de 2003.

⁵⁴ González Campos, J. “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”. *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 52, nº2, 2000. p. 351.

2.12. Ley de 5 de diciembre de 1988

Tras analizar la Ley de Arbitraje del 53 podemos concluir que no fue una ley que ayudara a la expansión y desarrollo del arbitraje durante su vigencia, más bien todo lo contrario.⁵⁵ Entre sus muchos defectos, existía uno que afectaba de especial manera la recién estrenada tendencia unificadora del arbitraje a nivel internacional, auspiciada por las Naciones Unidas. Tal y como hemos señalado en el epígrafe anterior, la Ley del 53 impedía el desarrollo del arbitraje institucional, arbitraje tipo en el arbitraje internacional. Tal hecho dejaba a los empresarios españoles sin un eficaz, por no decir único, sistema de solución de conflictos comerciales internacionales⁵⁶.

La Unión Europea también se había manifestado en favor del arbitraje, no sólo para fomentar el arbitraje transfronterizo, sino como un sistema de solución de controversias alternativo a la jurisdicción ordinaria y que sirviera como una de las medidas para la agilización de la justicia. En este sentido se manifestó el Comité de ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 12/1986⁵⁷.

En este contexto, el legislador español, debido todavía a la inercia de la autarquía de mercados practicada años atrás, sigue más preocupado por regular el arbitraje doméstico que el internacional, y pronto la Ley de Arbitraje de 1988 empieza a manifestar sus carencias en este sentido. Por otro lado, presentaba numerosos problemas técnicos, tales como impedir la ejecución provisional del laudo o la posibilidad reconocida para las sentencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000⁵⁸. Además de las razones que acabamos de señalar, desde círculos especializados se empieza a manifestar la necesidad más que de una reforma es preciso una ley nueva.

⁵⁵ Fernández Rozas, J.C. La situación actual del arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro, *Revistas de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986. pp. 29 a 52

⁵⁶ González Campos, J.D., Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado español. *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1975. Pág. 13.

⁵⁷ Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa 12/1983. “En los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial”.

⁵⁸ Hinojosa Segovia, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Grupo difusión, Madrid, 2008, p. 24.

2.13. La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre

La España de finales del siglo XX es una democracia moderna, que ha dejado atrás los tiempos de la autarquía económica, y posee un tejido empresarial moderno, competitivo e inmerso en la globalización de las relaciones internacionales.

La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (LA), reformada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, surge para homologar a nivel internacional nuestro ordenamiento nacional, para así favorecer las transacciones internacionales de nuestras empresas y convertir España en una sede fiable y moderna de arbitrajes internacionales. Dicha necesidad es recogida por el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001⁵⁹.

Por otro lado, con respecto a la armonización internacional del arbitraje, el artículo 3 de la Ley unifica el arbitraje interno e internacional siguiendo el diseño efectuado por la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 21 de junio de 1985, también conocida como Ley UNCITRAL.

La Ley de Arbitraje del 2003 está compuesta por cuarenta y seis artículos, agrupados en nueve títulos. Título I. Disposiciones generales; Título II. Del convenio arbitral; Título III. De los árbitros; Título IV. De la competencia de los árbitros; Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales; Título VI. Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones; Título VII. De la anulación y revisión del laudo; Título VIII. De la ejecución forzosa del laudo; Título IX; Del exequátur de laudos extranjeros. Una Disposición adicional, una transitoria y tres finales.

⁵⁹ Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo 2001. Apartado 18: “Se promulgará una nueva Ley de Arbitraje que facilite y abarate el recurso al arbitraje y dote de eficacia al laudo arbitral”; Apartado 19: “Se potenciará la evitación de conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación”.

Para el profesor Hinojosa Segovia⁶⁰, las principales aportaciones técnicas de la LA del 2003 se pueden resumir en las siguientes:

1º Dotar de eficacia ejecutiva al laudo definitivo.

2º Conceptuar al arbitraje sobre los principios de flexibilidad y antiformalismo.

3º Minimización de la intervención judicial en el arbitraje.

No podemos obviar que, a la hora de la redacción y promulgación de la Ley de Arbitraje de 2003, se había producido un hecho de especial trascendencia para el mundo arbitral, la promulgación, en 1985, por parte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de la Ley Modelo de Arbitraje sobre arbitraje comercial.

2.14. Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 21 de junio de 1985

Nos corresponde ahora dejar a un lado, de momento, nuestra LA para hacer un breve análisis de este importantísimo antecedente legislativo de la misma y crucial en nuestro actual marco arbitral, como es la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (en adelante Ley Modelo). La Ley Modelo fue aprobada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) el 21 de junio de 1985, al finalizar el periodo anual 18 de sesiones. La Asamblea General⁶¹ recomendó a todos los Estados miembros la armonización de sus legislaciones internas sobre arbitraje comercial a la Ley Modelo, ya que la ONU es consciente de dos grandes obstáculos que la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos presentan a la hora de la potenciación del arbitraje.

En primer lugar, se pone de manifiesto la insuficiencia de las leyes nacionales con respecto a la posibilidad de dar una respuesta adecuada y atractiva al arbitraje como sistema válido y homologable de solución de conflictos; en segundo lugar, la disparidad

⁶⁰ Hinojosa Segovia, R. op. cit. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* pp. 25 y 26.

⁶¹ En su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

de las leyes existentes en la materia generan en el tráfico mercantil internacional una gran inseguridad jurídica, contraria al anhelo de alguien, el empresario, que vive de minorizar al máximo los riesgos de sus transacciones y máxime cuando estas devienen en problemáticas.

En relación con el primero de los aspectos señalados, la CNUDMI es consciente del hecho evidente de que, en la mayoría de las ocasiones, la regulación nacional es insuficiente para dar una respuesta adecuada a los conflictos surgidos en las transacciones internacionales, dotando al arbitraje de un armazón conceptual que la presente como método válido para la solución de conflictos frente a la jurisdicción ordinaria. Así, estas deficiencias surgen, en algunos casos, por el gran desfase cronológico existente entre muchas leyes nacionales, y la realidad cotidiana de las relaciones comerciales, en especial de las internacionales.

Por otro lado, la mayoría de las veces, estas leyes prestan más atención al arbitraje nacional que al arbitraje internacional; en otras ocasiones, más que leyes de arbitraje son leyes antiarbitraje. No olvidemos que el principio básico que informa al arbitraje como institución es la Libertad materializada a través de la autonomía de la voluntad, principio incómodo para muchos regímenes políticos de nuestro tiempo.

Si a lo anterior le unimos el amplísimo catálogo existente de leyes de arbitraje, tenemos perfectamente dibujado un panorama de incertidumbre y desconcierto poco o nada atractivo para los operadores en el tráfico mercantil internacional.

Con el objetivo último de homogenizar este panorama, la ONU, a través de su Comisión para la Unificación del Derecho Privado, promulga la Ley Modelo para que paulatinamente se produzca una igualación de regímenes jurídicos nacionales.

3. Concepto y tipología del arbitraje

3.1. El Arbitraje como concepto legal

La Ley de Arbitraje del 2003 no nos proporciona un concepto de arbitraje, ya que no es su objeto, simplemente lo regula⁶². Nos tenemos que remontar al artículo 1 de la Ley del 88 para encontrar el concepto: “Mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de libre disposición conforme a derecho”.

3.2. Tipología

A continuación, nos corresponde analizar los distintos tipos de arbitraje regulados en la actual Ley de Arbitraje.

3.2.1. Tipología según la “*ratio decidendi*”

La Ley de Arbitraje de 2003 regula en su articulado según la decisión se base en las normas vigentes del ordenamiento jurídico o el leal saber y entender del árbitro.

3.2.1.1. Arbitraje de derecho

Son de derecho aquellos arbitrajes en los cuales el árbitro, al igual que el juez, debe tomar su decisión de acuerdo con la aplicación de una determinada normativa jurídica. La Ley 60/2003 de Arbitraje, que fue modificada por la Ley 11/2011⁶³ en su artículo 15.1, exigió que, cuando el arbitraje deba deducirse en derecho por un árbitro único, este debe de tener la condición de jurista, y cuando el arbitraje deba resolverse por tres o más árbitros se

⁶² Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A. *Disposiciones generales en Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons. Barcelona 2006. p.52.

⁶³ Ley 11/2011 de 20 de mayo de modificación de la Ley de Arbitraje.

requiere que al menos uno tenga la condición de jurista. Excepto que para ambos casos el acuerdo de las partes expresamente excluya tal requisito.

El concepto de jurista que maneja la Ley 11/2011 se puede extraer de su Exposición de Motivos⁶⁴, que dejan una cláusula abierta a todo un abanico de profesionales con conocimientos jurídicos que poco nos ayuda a delimitar el término. Pero a la espera de una mayor concreción jurisprudencial del término, nos tenemos que conformar con el texto legal y con la definición de jurista que realiza la Real Academia de la Lengua que lo conceptúa como aquella persona que ejerce una profesión jurídica.

3.2.1.2. Arbitraje de equidad

La función arbitral, al igual que la jurisdiccional, sería la técnica jurídica que garantiza la observancia del Derecho objetivo, pronunciando el Derecho con desinterés objetivo, o, dicho de otro modo, con independencia e imparcialidad. A este respecto tanto el árbitro como el Juez no siempre están obligados a decidir en base a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico. La equidad es otro fundamento de la decisión final. De este modo, se puede establecer otra categoría del arbitraje. Clasificándolo como “arbitraje de derecho”⁶⁵ y “arbitraje de equidad”⁶⁶. El arbitraje en equidad, artículo 34 de la Ley de Arbitraje, es permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito arbitral, la facultad de decisión en equidad del árbitro es más amplia que en la jurisdicción ordinaria por el juego que la autonomía de voluntad tiene en el arbitraje. El Juez podrá también a decidir en equidad, pues se lo permite en el art. 3.2 de nuestro CC. Pero ¿qué significa decidir en equidad? Cuando el árbitro como el juez basan sus decisiones finales, sentencia y laudo, en su leal saber y entender, y no en las leyes sustantivas, están decidiendo en equidad, pero el mínimo de legalidad requerido para este tipo de decisiones vendrá dado por el “orden público”.

⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 de 20 de mayo. Sección II.” ... el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo”.

⁶⁵ Son de derecho aquellos arbitrajes en los cuales el árbitro debe adoptar su decisión en base a una norma jurídica.

⁶⁶ Los arbitrajes de equidad son aquellos en los que el árbitro aplica en la resolución del conflicto su leal saber y entender sin estar obligado a conformar necesariamente su decisión en base a normas jurídicas.

En nuestra doctrina jurisprudencial la equidad ha sido utilizada el Tribunal Supremo en su función correctora. Para Castán, “La equidad es el gran factor de la aproximación del derecho a la vida. El juego de la ‘aequitas’ permite atender nuevas necesidades sin acudir a una transformación legislativa. Sería pueril esperar de la norma la realización de una justicia perfecta. La equidad es parte de la justicia o un desenvolvimiento suyo. Naciendo de ella llega a constituir un elemento separado que realiza la función de perfeccionar la justicia positiva convirtiéndola en justicia integra”.

Luego la equidad tiene dos manifestaciones jurídicas con respecto a la forma de decidir. La primera más relacionada con el origen de la decisión y en ese sentido, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2004⁶⁷, al señalar, en un caso nulidad parcial de un laudo recaído en un arbitraje de equidad, que: “Equidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil es la aplicación de un juicio personal, subjetivo de pleno arbitrio”. Siendo la segunda una función correctora de la rigurosidad de la Ley, adaptando esta al caso concreto.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero 2004. Cuarto. - Al hilo de lo anterior ha de señalarse que la parte confunde el “exceso” de jurisdicción o de la materia sometida al conocimiento de los árbitros “sostiene que existe un exceso de interpretación” con la facultad de interpretar libremente lo sometido a su conocimiento. Se produciría exceso de haber conocido materias ajenas al propio contrato de obra suscrito entre las partes. Ello no es así, cada uno de los acuerdos encajan o traen a causa de las cláusulas contractuales que es distinto a la interpretación dada a las mismas. Olvida, además, al afirmar en el acto de la vista, que el laudo carece de ilación lógica, o que no tiene motivación jurídica, o que se resuelve a capricho, o que sustituyen la voluntad de las partes, cual es la naturaleza del arbitraje que nos ocupa. En el arbitraje de equidad no es preciso que los árbitros motiven la resolución conforme a las normas sustantivas que regulan los contratos. Es suficiente resolver conforme al leal saber y entender: “Razonar en equidad la cuestión sometida a debate”. Equidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil, es la aplicación de un juicio personal, subjetivo de pleno arbitrio. Por contra la arbitrariedad (Sentencias del T.C. 11-11-02 de 19-9-02, de 11 de febrero de 2002 o de 18 de julio de 1994) se produce por falta de motivación, irracionalidad o error patente, de manera que los Tribunales sólo pueden declarar nulos los Laudos que de forma grave hayan quebrantado estos principios, de otra suerte se iría en contra del principio esencial que inspira la libertad de las partes de someter el conflicto a su decisión: “Las partes quisieron que el conflicto lo resolviera un árbitro”. Sostener que los árbitros han infringido las normas jurídicas que se contemplan para los contratos (afirma, también que anulan el contrato, que sustituyen la voluntad contractual de las partes, “pacta sunt servada”, que reinventan el contrato, etc.), es, por tanto, contrario a la naturaleza del arbitraje de equidad, que, además permite resolver contra los intereses de las partes o de una de ellas. En definitiva, es contrario a sus propios actos someter el arbitraje a equidad y pretender después que se realice una aplicación rigurosa de las normas, a su propio interés. Es más, en el Laudo se analizan exhaustivamente todos los aspectos del contrato sometido a su decisión con acierto y conforme a las normas generales de los contratos de arrendamiento de obras, (en especial como se examinará las obligaciones del dueño de la obra cuando por su voluntad se produce un importe incremento de obra), buscando a todas luces una solución equitativa que restituyera el correcto equilibrio de las prestaciones entre las partes.

En nuestro sistema jurídico, al contrario que en el anglosajón, se establece de antemano, de forma general e hipotética, cómo deben ser decididos todos los casos que puedan surgir en el futuro. El juez ordinario tiene la obligación de aplicar la Ley al caso concreto y queda constreñido por ella. Ahora bien, tal y como nos indica Cerdón Moreno, existen unos escasos supuestos legalmente establecidos en los que el Juez resuelve según la equidad creando una situación jurídica que antes no estaba regulada por ninguna norma jurídica. Como hemos dicho anteriormente, tanto el Juez como el árbitro pueden resolver en equidad, pero a diferencia del árbitro, el Juez tiene muy disminuida tal posibilidad⁶⁸. Sin embargo, la libertad del árbitro de decidir en equidad es tan amplia como la libertad de las partes al decidir que su controversia se resolvería mediante arbitraje y que este sería de equidad.

No obstante, en el caso del árbitro, dicha facultad tiene sus límites, ya que como muy acertadamente recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 26 de junio de 2001⁶⁹, la falta de fundamentación jurídica del laudo no exime de la obligación de cumplir con el principio de congruencia del mismo, como principio de orden público. Tal y como exige el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje para los laudos.

Los artículos 37 y 41 de la Ley de Arbitraje, como el artículo 218 de la LEC, exigen tanto para los laudos como para las sentencias la exigencia del motivación y congruencia, remitiéndonos a todo lo expuesto en el capítulo correspondiente de nuestro trabajo.

⁶⁸ Tal y como prescribe el art. 3.2. del Código Civil sólo podrá decidir en equidad en aquellos casos que una ley se lo permita (arts. 1154, 1281 a 1289 y 1690 del CC; art. 47.1 Ley de Propiedad Industrial).

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 26 de junio de 2001. Especialmente no puede hacerlo a la vista de la doctrina jurisprudencial informadora del Arbitraje de Equidad, en la que se refleja claramente como criterio dominante el dirigido a entender que los Tribunales deben realizar una interpretación flexible a la hora de analizar la apreciación de la congruencia del laudo, atendiendo a la naturaleza y finalidad del arbitraje y a la propia esencia de sentido común y lógica que debe ilustrar esta alternativa resolutoria de conflictos interpersonales. En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando afirma en su sentencia de fecha 20.11.89 que si el objeto del arbitraje es establecido por voluntad de las partes, vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada (Cfr. TS 1.ª SS 13 May. 1960, 25 Oct 1982, 15 Dic., 24 Feb., 17 Jun. de 1987 y 17 Mar. 1988).

También la Constitución en su artículo 120.3⁷⁰ otorga carta de naturaleza constitucional a estos principios.

3.2.2 Arbitraje “*ad hoc*” e institucional

El arbitraje “*ad hoc*” se produce cuando las partes pactan la resolución del conflicto mediante arbitraje, sin someter el mismo a la administración de una institución arbitral. El procedimiento queda conformado por lo que las partes acuerden al respecto al mismo y en todo aquello no regulado por las partes se estará a lo prescrito en la Ley de Arbitraje.

Por el contrario, se entiende por arbitraje institucional, según el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, aquel que se encuentre encomendado a una institución arbitral. Esta institución arbitral puede ser una corporación de derecho público o una asociación, estando regulado el arbitraje por los reglamentos de estas.

Por tanto, una vez contextualizado el arbitraje como una institución jurídica consistente en un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos nacidos en el seno de la sociedad y con transcendencia jurídica. Una institución jurídica con una larga evolución legal, desde tiempos muy remotos hasta nuestros días.

Por tanto, nos corresponde ahora centrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje. Dicha determinación, desde la irrupción por parte del Tribunal Constitucional del término “equivalente jurisdiccional”, no ha sido pacífica por parte de la doctrina arbitral. En la actualidad dicha polémica, como veremos en el siguiente capítulo, ha sido resuelta por el propio Constitucional. Restringiendo dicho término exclusivamente al ámbito de los efectos reconociendo la naturaleza contractual del arbitraje.

⁷⁰ Artículo 120. 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

CAPÍTULO III. EL CONTRATO DE ARBITRAJE COMERCIAL Y EL CONTRATO ARBITRAL COMO PARTES DE UN TODO LLAMADO CONVENIO ARBITRAL.

1. Introducción

Una vez vista la contextualización y la evolución del arbitraje como institución jurídica, resulta preciso para los objetos de nuestro estudio dedicar el presente capítulo a centrarnos en la naturaleza contractual del arbitraje y los distintos contratos que forman parte del arbitraje comercial.

El término, acuñado desde sus primeras resoluciones por el Tribunal Constitucional, de “equivalente jurisdiccional”, habría una discusión doctrinal, entre los partidarios por entender que el Tribunal Constitucional anclaba al arbitraje al artículo 24 de la Constitución y especialmente la tutela judicial efectiva. Otros, como el propio Tribunal Constitucional recientemente, anclan al arbitraje con el artículo 10 de la Constitución haciéndose partidarios de encontraren el arbitraje una naturaleza privada contractual.

Como señalábamos, el Tribunal Constitucional, en la actualidad, a través de sus Sentencia 46/2020, de 15 de junio de 2020, 17/2021 de 15 de febrero de 2021, 55/2021, de 15 de mayo de 2021, 65/2021, de 15 de marzo de 2021, 50/2022, de 4 abril 2022 y la 79/2022 de 27 de junio 2022 ratifican todas ellas el criterio establecido en la Sentencia 1/2018, de 11 de enero, reconociendo al arbitraje una naturaleza jurídica contractual, basada en la autonomía de la voluntad, por el que las partes renuncian en un determinado momento y para cierta clase de conflictos al ejercicio al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución⁷¹.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional perfila con mucha mayor precisión el alcance del término “equivalente jurisdiccional” circunscribiéndolo a los efectos exclusivamente

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio de 2020: “No huelga recordar ahora que, recientemente, este Tribunal ha declarado en su STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3, que «el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental, proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996)”.

procesales del arbitraje, cosa juzgada y ejecutoriedad del mismo, reservando una visión contractual del mismo a la naturaleza jurídica⁷².

El Tribunal Supremo también es coincidente en asignar al arbitraje una naturaleza jurídica contractual⁷³.

En la actualidad⁷⁴, la doctrina mayoritaria también configura jurídicamente al arbitraje como un contrato por el cual las partes deciden libre y voluntariamente someter determinados conflictos a la decisión de un tercero llamado árbitro y cumplir su decisión⁷⁵, en línea con lo establecido en los artículos 9 a 11 de la vigente Ley de Arbitraje de 2003⁷⁶ y su Exposición de Motivos⁷⁷, según redacción dada por la Ley 11/2011, de 20

⁷² Por todas la STC 17/2021, de 15 de febrero, que afirma al respecto; Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) –y luego reiterada en posteriores– de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral.

⁷³ Por todas las SSTs de 9 de abril de 1941; 6 de febrero y 9 de mayo 2003, y 9 de julio de 2007, que especialmente dice; “La STC núm. 9/2005, declara, en efecto, que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo”.

⁷⁴ Silva Romero, E.: Introducción. El arbitraje examinado a la luz del derecho de obligaciones, en Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.) *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005. Lorca Navarrete, A.M. Algunas propuestas sobre el tratamiento metodológico del convenio arbitral en el Proyecto de Ley de Arbitraje, *Diario La Ley*, núm. 5921, 2003, págs. 1 y ss. Díez-Picazo Ponce de León, L.: Introducción Teoría del contrato, en *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol I, Civitas, Madrid, 2007, pág. 230. En el mismo sentido se manifiestan Perales Viscasillas, P. en Hinojosa Segovia, R., “La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) Consideraciones generales, Fernández Rozas, J.C. (dir.), *La nueva Ley de Arbitraje*, CGPJ, Madrid, 2007 p. 308; De Benito Llopis-Llobart, M., El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria, Civitas, Cizur Menor, p. 38. Merino Merchán, J.F., Principio dispositivo y acción de anulación, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, vol. X, nº3, 2017, pp. 783-798. Cesar Rivera, J., “Enfoque procesalista y contractualista del arbitraje con especial referencia a los derechos de Argentina y España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 38, 2020, pp. 31-55.

⁷⁵ Especialmente elocuente es Guasp, J. *El Arbitraje...* op. cit. pág. 22. “La sentencia de un Juez no vale porque las partes la acepten a posteriori, pero tampoco porque la hayan aceptado a priori: la sentencia de un Juez vale en cuanto órgano del Poder público que liga al súbdito, “velis nolis”, contra su voluntad. Pero en el arbitraje, por esencia, no ocurre así; si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes ha aceptado primeramente esa decisión; así, el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contratantes”.

⁷⁶ Artículo 11 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. “1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda”.

⁷⁷ Entre muchas referencias a la naturaleza contractual del arbitraje tenemos lo dicho en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de Arbitraje. “El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no

de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

En definitiva, el procedimiento arbitral es un mecanismo heterónomo de solución de conflictos que se sustenta sobre la base de un negocio jurídico⁷⁸ complejo que, bajo la denominación de convenio arbitral o cláusula compromisoria, se encuentra compuesto por un sistema de relaciones jurídicas que no solo abarcan al arbitraje de una forma autónoma, sino que trascienden a la relación jurídica principal y de los conflictos de esta, de la cual el arbitraje trae causa.

Lo que conocemos como arbitraje, estaría compuesto por un conjunto contractual al que llamamos convenio arbitral, según denominada por la Ley de Arbitraje 60/2003 en su Título II, formado como mínimo por el contrato de arbitraje y el contrato arbitral desarrollados ambos en el seno de un procedimiento establecido por ellos o el Reglamento de una institución arbitral y la Ley de Arbitraje. A continuación, analizamos tanto el contrato de arbitraje como el contrato arbitral.

2. El contrato de arbitraje

El contrato arbitraje, como tal, se encuentra encapsulado en lo que hemos denominado convenio arbitral, como contrato procedimental, que incluiría como mínimo, el contrato de arbitraje y una vez surgido el conflicto daría lugar el contrato arbitral, entre los árbitros y las partes o contrato de arbitral. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 afirma contundentemente la naturaleza contractual del convenio arbitral y por tanto del procedimiento arbitral: “El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley”, principio que incorpora al artículo 9 del texto legal.

específicamente previsto en esta ley. En líneas generales, la ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos”.

⁷⁸De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 34, establece como definición de negocio jurídico como “la declaración o acuerdo de voluntades, con el cual los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completada con otros hechos o actos”.

Con respecto a la evolución histórico-legislativa más reciente del término “convenio arbitral”, ha evolucionado desde una teoría dualista, propia de la antigua Ley de Arbitraje de 1953, a una visión monista. La Ley del 53, bajo la denominación actual de lo que entendemos “convenio arbitral”, establece tres negocios jurídicos distintos, i) el contrato preliminar de arbitraje, regulado el artículo 6 de dicha ley; ii) el compromiso, regulado en el artículo 12 del texto legislativo y iii) el contrato de dación y recepción del arbitraje (contrato entre las partes y el árbitro), regulado en los artículos 20 en adelante. Este planteamiento dual de la Ley del 53 ya que el contrato de dación y recepción del arbitraje se encontraba englobado dentro del “compromiso”⁷⁹ es abandonado por la actual Ley de Arbitraje.

El legislador del 88, asumiendo una concepción monista sobre el “convenio arbitral” de la Ley Modelo UNCITRAL, lo regula de forma unitaria en su artículo 5 de dicha ley, unificando los tres ámbitos jurídicos de la Ley del 53. Dicho esquema morfológico llega intacto hasta nuestros días a través de la Ley de Arbitraje del 2003.

Fuera de nuestras fronteras, el consenso también es unánime. Así, tanto el articulado de la Ley Modelo UNCITRAL como en el Convenio de Ginebra de 1961 se refieren al convenio arbitral como el acuerdo (contrato) por el cual una o más partes se obligan a someter a la decisión de uno o más particulares, denominados árbitros, todos o algunos de los litigios, presentes o futuros, que surjan o puedan surgir en una determinada relación jurídica.

El contenido mínimo del convenio arbitral viene recogido en el artículo 9.1 y 11 de la Ley de Arbitraje de 2003. Como todo contrato, debe contener clara y explícitamente una manifestación de voluntad que, en el caso del contrato de arbitraje, consiste en que las partes deciden someter sus disputas a dicho sistema de composición.

Por su parte, el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje del 2003 establece que: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado”. ¿Qué debemos entender con “cumplir lo estipulado”? ¿Cuál es el contenido esencial de dicha manifestación de voluntad? Dicho contenido mínimo se encuentra recogido, como ya se apuntó con anterioridad, en los artículos 9 y 11 de la Ley de Arbitraje; en concreto, lo establecido en su apartado 1 del

⁷⁹ Guasp, J., *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956. “... sea cualquiera el nombre que se le asigne, se configura este segundo elemento del arbitraje como aquel acto o conjunto de actos por el cual los árbitros son designados y aceptan su encargo”.

artículo 9, que señala que “deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, lo cual significa que las partes, primero, excluyen a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de sus conflictos y se comprometen a acatar la decisión del árbitro, manifestada en el laudo. Constituye, así, una de las principales diferencias entre el laudo y las sentencias, ya apuntada por el profesor Guasp.

Con respecto a este último aspecto, el profesor Jaime Guasp establece la absoluta y esencial separación conceptual entre proceso judicial y procedimiento arbitral. Para el primero, la sentencia de un Juez es obligatoria *per se* ya que emana de un Poder público (Poder Judicial), mientras que en el procedimiento arbitral el árbitro impone su decisión a las partes, porque estas han aceptado contractualmente acatar el laudo⁸⁰. En base a ello, el ordenamiento jurídico reconoce unos efectos, ahora sí, procesales⁸¹, a dicho laudo⁸². La jurisprudencia también asume el anterior razonamiento. La Audiencia Provincial de Sevilla, en su Sentencia de 18 de enero de 1993, es muy elocuente al respecto al referirse a la Ley de Arbitraje de 1988, siendo perfectamente aplicable con respecto a la actual Ley de 2003: “Exige la Ley de Arbitraje, en forma precisa y contundente, la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la solución arbitral, para resolver las cuestiones litigiosas que entre ellos pueda producirse; esta voluntad inequívoca, es el elemento o sustrato que legitima la actuación del árbitro”. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 2017, casi transcribe literalmente lo dicho por Guasp sesenta años antes: “El arbitraje constituye un sistema de heterocomposición de conflictos en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria”.

Por lo tanto, el legislador, a partir de la Ley de Arbitraje de 1953, siempre ha venido otorgado una naturaleza jurídica contractual al arbitraje. Cuestión que el Tribunal Constitucional distorsionó con la introducción del concepto de “equivalente jurisdiccional”. En la actualidad lo circunscribe, exclusivamente, a los efectos del laudo,

⁸⁰Guasp, J., *El Arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 22.

⁸¹Artículo 517 de LEC 1/2000. “Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. 2º Los laudos o resoluciones arbitrales”.

⁸²Artículo 43 de la Ley de Arbitraje 60/2003. “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación” Artículo 44 de la Ley de Arbitraje 60/2003. “La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título”.

configurando al arbitraje como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.

2.1. Naturaleza jurídica del contrato de arbitraje

Con respecto al régimen general de los contratos tenemos que afirmar, como cuestión previa, la deficiente regulación del régimen general de los contratos con respecto a la moderna práctica contractual. Por un lado, tenemos la anticuada disciplina contenida en el Código Civil, la cual ha sido superada por la actual práctica contractual, en especial en el ámbito empresarial, debido a la vitalidad que este instrumento tiene en el tráfico, no pudiendo olvidar, que lo anterior es consecuencia directa la separación, cada vez mayor, entre Derecho civil y Derecho mercantil. La moderna práctica mercantil ha superado incluso el obsoleto Código de Comercio con la promulgación de innumerables leyes especiales,⁸³ siendo buena prueba lo anticuado que ha quedado nuestro régimen general de los contratos.⁸⁴

Un ejemplo de todo lo dicho antes es precisamente el contrato de arbitraje integrado en el convenio arbitral que, como dijimos en su momento, tradicionalmente ha sido regulado de una forma individualizada, en especial desde la Ley de Arbitraje de 1953. La práctica arbitral ha evolucionado en paralelo a la moderna práctica mercantil, evolucionando también el contrato de arbitraje en referencia a la moderna teoría de los contratos influida muy intensamente por la contratación internacional.

Recientemente, como ya hemos indicado, se ha llegado al consenso doctrinal y jurisprudencial por el cual se entiende que el convenio arbitral es un negocio jurídico producto de la autonomía de la voluntad. El arbitraje tiene una naturaleza esencialmente

⁸³ A título de ejemplo podemos reseñar el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías; Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

⁸⁴ García Vicente, J.R. “Comentarios al art. 1.254”., en *Comentarios al Código Civil* dir. R. Bercovitz, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,

contractual, siendo los efectos del laudo los que tienen naturaleza procesal como manifestación de voluntad del árbitro.^{85 86}

Con respecto a la tipología del contrato de arbitraje, asumimos la calificación dada por el profesor Jaime Guasp, que califica al contrato de arbitraje como un “contrato de tracto procedimental”⁸⁷, donde una fase de procedimiento por él establecido sirve de premisa de validez de la siguiente fase. Así, por ejemplo, el surgimiento del conflicto sería la premisa de el desenvolvimiento de contrato de arbitraje el cual actuaría como premisa del nombramiento de los árbitros que por su aceptación formalizarían el contrato arbitral sería premisa junto con la aceptación de los árbitros del contrato de servicios entre las partes y los árbitros legitimaria el inicio de las siguientes fases procedimentales.

Por otro lado, nos encontramos con un contrato sometido a condición suspensiva⁸⁸ o “contrato durmiente”, ya que el convenio arbitral se encontrará en estado de hibernación o “estasis” hasta que surja el conflicto, momento en el cual sale de su estado de letargo y empieza a desarrollar el procedimiento y con él sus efectos⁸⁹.

El convenio arbitral es un caleidoscopio de relaciones contractuales. Un negocio jurídico complejo, como ya hemos dicho, formado, en primer lugar, por el compromiso de las partes consistentes en solucionar las controversias surgidas de la interpretación o ejecución del contrato principal a través del procedimiento arbitral (ad hoc o institucional) al margen de la jurisdicción ordinaria, estableciendo las reglas por las que se regirá dicho

⁸⁵ Efectos reconocidos tanto en la legislación arbitral, artículos 43 y 44 de la Ley 60/2003 de Arbitraje y los artículos 222 y 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000. STC 17/2021, de 15 de febrero. “Es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral”.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2010 en FJ 9º de misma: “La doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal”.

⁸⁷ Guasp, J., op. cit. *El Arbitraje en el Derecho Español*, pp. 26 y 27. “El tracto procedimental es otra cosa (en referencia a los contratos de tracto sucesivo). En el tracto procedimental las distintas prestaciones de un contrato están coordinadas entre sí del modo que demuestra la teoría general del procedimiento. ¿En qué consiste una coordinación procedimental? Tan sólo en lo siguiente: en que cada uno de los elementos que componen el tracto del procedimiento funciona como requisito de admisión del siguiente y como condición de eficacia del anterior”.

⁸⁸ A sensu contrario del artículo 1.113 del Código Civil: “Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”.

⁸⁹ Guasp, J., *El Arbitraje en el Derecho Español*, op. cit, p. 124. “La controversia puede no haber nacido: no cabe entonces arbitraje sobre ella”.

procedimiento (*ad hoc*) o asumiendo el procedimiento de una institución arbitral (institucional) y, por último, obligándose las partes a cumplir lo acordado por el árbitro o árbitros. Junto a este negocio jurídico, y como una fase de desenvolvimiento del mismo, las partes deberán nombrar al árbitro o árbitros, por ellas o a través de una institución arbitral, y con ello junto con la acepción del árbitro establecer el denominado “contrato de dación y recepción del arbitraje” o contrato arbitral, por el cual, las partes en conflicto y los árbitros quedan vinculados contractualmente a cumplir el contrato y con él las obligaciones derivadas del mismo, como por ejemplo, los deberes legalmente establecidos de independencia e imparcialidad (art. 17 de la LA). Por otra parte, los árbitros recibirán de las partes la potestad necesaria para emitir un laudo sobre el conflicto sometido en tiempo y que sea ejecutable, recibiendo, a cambio, sus preceptivos honorarios.

Lo anteriormente expuesto queda gráficamente explicado por el profesor De Benito⁹⁰, al referir que dentro del convenio arbitral podemos distinguir dos fases: i) fase estática, que sería el simple compromiso de someter a arbitraje cualquier controversia futura, y ii) la fase dinámica del convenio, por la cual se pondrá en marcha el procedimiento arbitral, siendo su precursor la aparición del conflicto.

Con respecto a la validez del convenio, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha establecido doctrina con respecto a los requisitos para la validez del convenio. De este modo, i) será nulo el convenio arbitral suscrito en un negocio jurídico donde una de las partes tiene una posición de preeminencia sobre la otra; ii) por otro lado, será inválido el convenio y con él el laudo que se dicte donde la institución arbitral o el árbitro no sea independiente e imparcial⁹¹. Este último requisito tiene una gran importancia en nuestra investigación, ya que conformará el supuesto de hecho sobre el que focalicemos las consecuencias y efectos del incumplimiento del contrato de dación y recepción del arbitraje por parte del árbitro.

El contrato de arbitraje, como todo contrato, debe responder, en primer lugar, a un régimen general establecido en el Código Civil, en especial a lo referente a los requisitos esenciales para la validez y eficacia de este, y a su propio régimen específico.

⁹⁰ De Benito Llopis-Llompar, M, *El Convenio Arbitral su Eficacia Obligatoria*, Civitas, Cizur Menor, pág. 95.

⁹¹ SS del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017 y 26 de abril de 2017.

2.1.1. Elementos esenciales del contrato de arbitraje

El Código Civil⁹² exige a todo contrato, para que sea jurídicamente válido, la confluencia de tres requisitos esenciales generales: el consentimiento, el objeto y la causa⁹³, que será analizado a continuación en referencia con el arbitraje.

2.1.1.1. El consentimiento contractual en el contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje

Para que exista un contrato válido, el ordenamiento exige la existencia de la voluntad de contratar y la manifestación o exteriorización de esta. Este consentimiento contractual implica la libertad de los contratantes a la hora de elegir el tipo contractual que se adapta a los fines que desean obtener, y, por otro lado, que dicho consentimiento contractual ha sido manifestado sin ninguna limitación sobre el mismo. El artículo. 1254 del Código Civil dice: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, añade que dicho consentimiento contractual debe asumir, con suficiente consciencia, todo el contenido obligacional del contrato.

b) Régimen especial del contrato de arbitraje

Con respecto al consentimiento, tanto en la Ley de Arbitraje del 2003 como en la jurisprudencia, no se establece un régimen especial o peculiar, aplicándose al convenio arbitral el régimen general contractual aplicable. Al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de junio de 2001, apunta que el convenio arbitral debe expresar “la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento”, sin requerir a dicho consentimiento más exigencias que las generales, libre, pleno y consciente.

⁹² Artículo 1.261 del Código Civil.

⁹³ García Vicente, J. R.: “Comentario al art. 1254”, en AA. VV; *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz, Rodríguez-Cano), tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9009.
Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Introducción al Derecho de contratos”, en AA. VV.: *Tratado de contratos*, tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,

Cuestión que es reiterada por el mismo Tribunal en su Sentencia 567/2017, de 27 de mayo.

En referencia a la jurisprudencia constitucional, ya en la STC 176/1996, de 11 de noviembre, se señalaba que el procedimiento arbitral está sustentado sobre la autonomía de la voluntad de quienes se someten conscientemente al mismo⁹⁴. Se trata de un poder otorgado a las partes por el ordenamiento jurídico, en base al principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes excluyen del conocimiento y composición de sus conflictos a la jurisdicción ordinaria.

No solo nuestros tribunales nacionales se han manifestado favorables a la exclusión de la jurisdicción ordinaria mediante el mutuo acuerdo de las partes. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso “Suda vs. République Tchèque”, se muestra a favor de reconocer la compatibilidad con el ordenamiento jurídico europeo que, mediante el convenio arbitral de las partes en conflicto, pueda excluirse de la órbita de la jurisdicción ordinaria. En este contexto, recuerda que el derecho de acceso a un tribunal -garantía que deriva del artículo 6.1 de la Convención- no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país... El artículo 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. El Alto Tribunal europeo establece también las condiciones de dicho consentimiento al apuntar que “nada impide a los justiciables a renunciar a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca”. Manteniendo en otras resoluciones⁹⁵ que, debido a que dicha manifestación de voluntad supone la renuncia a un derecho fundamental, como es el acceso a la jurisdicción ordinaria, dicha renuncia debe constar en el convenio arbitral de una forma clara e “inequívoca”. En este mismo sentido se manifiesta nuestra actual Ley de Arbitraje en su artículo 9.1, que determina, con respecto al contenido del convenio, que este debe contener la voluntad de las partes de someter sus conflictos a arbitraje.

⁹⁴ Fundamento Jurídico 4º de la STC 176/1996, “lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor supremo del ordenamiento (art. 1.1 de la CE).

⁹⁵ A nivel europeo tenemos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1643/2006, de 28 de octubre. Nuestro Tribunal Constitucional ha sido sensible a la interpretación europea y la ha traspuesto en sus sentencias de 2 de diciembre de 2010 y 12 de enero de 2018. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 6 de febrero del 2003 y 27 de junio de 2017, se alinea con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo.

En referencia a la renuncia mediante convenio arbitral al derecho constitucional a la “tutela efectiva”, reconocida en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, debemos tener muy presente lo establecido al respecto por el referido Tribunal en su Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo primero del artículo 38.2 de la Ley 16/1987 (en adelante LOTT), de Ordenación de Transporte Terrestre, por supuesta vulneración de los arts. 14, 24.1, 53.1 y 3 y 117 de la CE. El meritado artículo de la LOTT establecía un arbitraje obligatorio, con el consiguiente efecto de exclusión de la vía judicial a través del correspondiente convenio arbitral, salvo que las partes en conflicto hubieran manifestado explícitamente su voluntad en contrario. Si no existiere pacto en contrario, el convenio arbitral nacería ex lege en base a los artículos 11 de la Ley de Arbitraje del 88, vigente en aquel momento, y en relación con el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En virtud de lo expuesto, el Constitucional señala al respecto:

1º “El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 C.E. se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales”, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial”. Esta actividad prestacional, que consiste en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, “imponiendo para su ejercicio -como declaramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1987 obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito”.

2º “La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 C.E. un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita.” A esta cuestión responde, precisamente, el Constitucional señalando que, “por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para

someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos de este”.

Concluyendo el Tribunal que el artículo 38.2 , quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial efectiva, al tener que contar con el consentimiento expreso de la parte contraria para poder actuar ante un órgano judicial, mediante la suscripción por ambas del convenio arbitral, vulnerando con ello el libre acceso a los tribunales esencia del artículo 24 de la CE, determinando con ello la inconstitucionalidad de dicho artículo. En definitiva, por medio de una ley ordinaria, no se puede excluir el derecho al libre acceso a la jurisdicción y solamente esto podría suceder si concurre el libre consentimiento de todas las partes en conflicto al ser un derecho fundamental de naturaleza “prestacional”.

Otra cuestión relevante derivada del consentimiento, con respecto al convenio arbitral, es la interpretación de la voluntad de las partes a la hora de evaluar los convenios arbitrales turbios, siendo otro de los problemas con los que se encuentra la práctica arbitral, en especial a la hora de analizar las llamadas cláusulas híbridas⁹⁶. La jurisprudencia⁹⁷ y la doctrina arbitral⁹⁸ han establecido tres criterios de interpretación al respecto⁹⁹: el principio de buena fe, que implica que debemos tener en cuenta la auténtica y verdadera intención de las partes; el principio de interpretación efectiva, conformado por la doctrina anglosajona, que supone que ante dos interpretaciones posibles debe optarse por aquella interpretación que derive en la validez del contrato arbitral; y, por último, el principio *contra proferentem* establecido en el artículo 1.288 del Código Civil, que supone, como tiene establecido nuestra jurisprudencia¹⁰⁰, que, ante una cláusula oscura, dicha turbidez no debe beneficiar a la parte que la redactó.

Por regla general, en base al principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1.257 del Código Civil, el que no es parte del convenio no se encuentra afectado por el mismo. En cambio, en la práctica, a este régimen general se le plantean algunas

⁹⁶ Llamadas por la doctrina también cláusulas en escalera, aquellas combinan dos sistemas de solución de conflictos en la misma cláusula como la mediación y el arbitraje.

⁹⁷ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de febrero del 2012.

⁹⁸ Vasco Gómez A, Arbitraje y resolución de conflictos en las competiciones de eSports, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, Monografía núm. 19, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁹⁹ Gómez Jene, M, *Arbitraje Comercial Internacional*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p.171

¹⁰⁰ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 473/2012, de 9 de julio.

excepciones que presentan no pocos problemas fácticos como son los casos de cesión del contrato principal, la subrogación, los contratos de garantía y los grupos de sociedades.

En referencia a la subrogación subjetiva, en especial en lo referente a las fusiones o escisiones empresariales, la jurisprudencia ha sido favorable a la subrogación contractual universal y también es favorable a la subrogación particular o por vía contractual¹⁰¹. Otro caso muy habitual de subrogación contractual es el caso de los contratos de garantía, extendiéndose el convenio arbitral al garante, siempre y cuando sea parte del contrato principal.

2.1.1.2. El objeto del contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje ¹⁰²

Tanto en la doctrina, como en el derecho positivo, no existe una especial polémica respecto del objeto del contrato. Siguiendo a Díaz Picazo, podemos considerar al objeto como la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato incide¹⁰³.

Si embargo, no cualquier realidad social podrá sustentar el objeto de un contrato. Los artículos 1271, 1272 y 1273 exigen que todo objeto contractual para ser válidamente amparado por el ordenamiento jurídico debe cumplir los siguientes requisitos: i) posibilidad, nadie puede obligarse a algo que es imposible, esta exigencia es predicable también en referencia a los servicios, en referencia expresa a su ejecutoriedad; ii) licitud, el objeto del contrato para ser posible debe ser lícito, en clara referencia a su comercialidad, y con respecto a los servicios la licitud estaría en relación con la adecuación social del comportamiento de las partes contratantes¹⁰⁴; iii) Determinación del contenido de las obligaciones contractuales¹⁰⁵.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de octubre de 2010; Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005. El Tribunal Supremo se muestra a favor de reconocer la validez de la transmisión del convenio arbitral basándose en la existencia del “convenio arbitral de referencia” que se define en el artículo 9.4 de la Ley de Arbitraje 60/2003.

¹⁰² Roca Trias, E, Morales Moreno, A.M., Díez-Picazo, L, *Los Principios del Derecho Europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; Almagro Nosete, J, *Comentarios del Código Civil*, coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I, Bosch, Barcelona, 2006.

¹⁰³ Díez-Picazo Ponce de León, L., “Objeto del contrato” en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol I, Civitas- Thomson Reuters, 2007, Cizur Menor, p. 233. Asumiendo el concepto de Federico de Castro.

¹⁰⁴ Díez-Picazo Ponce de León, L., Id, vid, *Fundamentos de Derecho Civil...* pág. 249

¹⁰⁵ Díez-Picazo Ponce de León, L., Id, vid, *Fundamentos de Derecho Civil...* pág. 251

b) El objeto del contrato de arbitraje

Existe desde hace tiempo una cierta polémica doctrinal sobre el objeto del contrato de arbitraje, ya que la miope visión de restringir el término “objeto del contrato” a las “cosas y servicios”, ha sido superada por la práctica contractual diaria. La cesión de créditos, una controversia, un litigio (transacción, mediación o arbitraje). De ahí que debemos abrir el foco respecto del objeto, con el fin de abarcar estas otras realidades jurídicas. Dicho concepto, en la actualidad, se encuentra entre la prestación de la obligación contractual y la materia o la realidad social que las partes acotan como fundamento del contrato.¹⁰⁶

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de febrero 1982, ya indicó, en referencia a la Ley de Arbitraje de 1953, que “el negocio jurídico del compromiso (aludiendo al compromiso arbitral), por el que las partes interesadas acuerdan en dar solución a un conflicto existente a través de la decisión de una o varias personas”. En definitiva, lo que nos está diciendo el Tribunal Supremo es que el objeto del contrato de arbitraje es una situación jurídica material o substantiva, concretada materialmente en un conflicto. Conflicto surgido en la interpretación o ejecución de una relación jurídica principal que tiene como objeto la valoración conductual que las partes den a una determinada situación de desequilibrio entre ambas.

La controversia es un fenómeno lógico, cuyos perfiles no se encuentran tanto objetivamente delimitados como en la interpretación subjetiva de los mismos dada por las partes en conflicto. Lo que se dirime, no es tanto una situación real como una situación dudosa, un estado de ánimo entre sujetos que los árbitros zanjarán mediante un laudo¹⁰⁷. Ante la existencia de un conflicto presente o futuro, las partes acuerdan someter la solución de este a la decisión definitiva de un árbitro o tribunal arbitral¹⁰⁸.

Las controversias, los conflictos, son una parte sustancial de la sociabilidad del hombre tal y como ha quedado dicho. Un ordenamiento jurídico es el conjunto de relaciones sociales que determinada sociedad entiende como imprescindibles para su funcionamiento. Los conflictos son tensiones sociales que distorsionan la pacífica vida

¹⁰⁶ De Pablo Contreras, P., “Requisitos del contrato”, en A.A.V.V., *Curso de Derecho civil*, vol I, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2016, p. 353.

¹⁰⁷ Guasp, J. *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, BOSCH, Barcelona, 1956

¹⁰⁸ Cesar Rivera, J., “Enfoques procesalista y contractual del arbitraje con particular referencia a los derechos de Argentina y España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 38/2020, p. 41.

social. Los conflictos se podrán resolver de una forma espontánea o provocada. Las soluciones provocadas, a su vez pueden ser de dos clases, formas autocompositivas, donde los mismos interesados buscan una solución a su conflicto (la negociación, la transacción¹⁰⁹, la mediación¹¹⁰); o los sistemas heterocompositivos, donde las partes en conflicto delegan en un tercero (juez o árbitro) la solución del conflicto y la posterior gestión de esta.

El Tribunal Constitucional¹¹¹, el Tribunal Supremo¹¹² y la doctrina científica¹¹³ califican el arbitraje como un sistema de composición de conflictos heterocompositivo, por el cual, y basado en la autonomía de la voluntad, las partes excluyen a la jurisdicción estatal de la solución de sus conflictos. El objeto del contrato de arbitraje será la realidad social sobre la cual el contrato incide¹¹⁴, la cual, en el caso que nos ocupa, estaría conformada por el conflicto.

El conflicto se nos aparece como un elemento esencial del contrato de arbitraje. Tanto es así que el surgimiento del conflicto determinará el desenvolvimiento del procedimiento arbitral.¹¹⁵ La causa contractual del contrato de arbitraje, como veremos a continuación, queda íntimamente unida al objeto de la misma a través del conflicto.

El convenio arbitral será, tal y como ya hemos dicho, un contrato sometido una condición suspensiva. El surgimiento del conflicto será el acontecimiento fáctico que determinará el desenvolvimiento del procedimiento arbitral, pasando de la fase estática a la fase

¹⁰⁹ Artículo 1.809 del Código Civil: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”

¹¹⁰ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹¹¹ Por todas la STC 43/1988, de 16 de marzo; ATC 259/1993, de 20 de julio; STC 9/2005, de 17 de enero, STC 1/2018, de 11 de enero.

¹¹² STS de 17 de junio de 2017. “El arbitraje constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria”.

¹¹³ Barona Vilar, S. “Introducción”, en Barona Vilar, S (coord.), *Comentarios al Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2003, de 20 de mayo*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 95; Xiol Ríos, J.A., “El arbitraje en la Constitución”, en Fernández Rozas, J.C. (coord.) *Veinticinco años de Arbitraje en España*, CIMA, Madrid, 2015, pág. 55; Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A, en *El Arbitraje y la buena administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 99.

¹¹⁴ Díez-Picazo Ponce de León, L., “Objeto del contrato” en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol I, Civitas-Thomson Reuters, 2007, Cizur Menor, pág. 233. Asumiendo el concepto de Federico de Castro.

¹¹⁵ Guasp, J. *El Arbitraje en el Derecho Español*, Bosch, op. cit, p. 125. “Por lo tanto, la existencia de una controversia acota el objeto del compromiso, en cuanto causa del compromiso mismo, completando las exigencias de su posibilidad y su idoneidad”

dinámica¹¹⁶, otorgándole a las partes afectadas, la facultad de iniciar el procedimiento heterocompositivo, a través del requerimiento de someter la controversia a arbitraje, momento que la Ley identifica con el inicio del arbitraje¹¹⁷. La “*notitia litis*” es el momento de inicio de procedimiento¹¹⁸, que ciertos autores identifican con el inicio de la fase dinámica del convenio.

2.1.1.3. La causa del contrato de arbitraje

a) Régimen general del contrato de arbitraje¹¹⁹

El Código Civil¹²⁰, asimismo, exige que, junto al objeto, todo contrato debe estar constituido por una causa. El profesor Federico de Castro y Bravo define¹²¹ causa como los fines o expectativas de las partes contratantes, que “se pretenden conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”. Ahora bien, el ordenamiento jurídico no puede dar su amparo a cualquier manifestación de voluntad, de los sujetos intervinientes en un contrato. La causa se nos manifiesta como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, que solo ampara aquellas manifestaciones de voluntad contractual que produzcan efectos socioeconómicos acordes con los principios jurídicos esenciales (la moral y el orden público)¹²². En definitiva, una adecuación de los fines contractuales que el derecho objetivo considere merecedores de tutela¹²³.

¹¹⁶ De Benito Llopis-Llombart, M. El Convenio Arbitral su eficacia obligatoria, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 99.

¹¹⁷ Artículo 27 de la Ley de Arbitraje 60/2003. “Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje”.

¹¹⁸ STC 9/2005, de 17 de enero, “Por el contrario, la cuestión de la vigencia del convenio arbitral tiene carácter material, afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de composición de controversias y debe resolverse con referencia al momento en que se hace patente la existencia del conflicto entre las partes, lo que sucede cuando una de ellas es requerida extrajudicialmente para la formalización del arbitraje”.

¹¹⁹ Almagro Nosete, J, *Comentarios del Código Civil*, coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I, Bosch, 2006; Clavería Gosálbez, L.H, *La casusa del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998; Roca Trias, E, Morales Moreno, A.M., Díez-Picazo, L, *Los Principios del Derecho Europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002

¹²⁰ Artículo 1.261 del Código Civil. “3.º Causa de la obligación que se establezca.”

¹²¹ De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 196.

¹²² Artículo 1.255 del Código Civil. “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

¹²³ Díez-Picazo Ponce de León, L., cit. *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., pág. 273

Con respecto a la causa también se ha producido una honda evolución con respecto a la pregunta que en la actualidad se hace la doctrina. El Código Civil regula la causa de la obligación o de la causa del contrato, máxime cuando los artículos 1274 a 1277, responden a la rúbrica “De la causa de los contratos”, entendiéndolo como negocio jurídico.

b) La causa en el contrato de arbitraje

A continuación, nos vamos a centrar en la causa como elemento esencial del contrato, del contrato de arbitraje, la cual la hemos definido como el fin socioeconómico y amparado por el ordenamiento jurídico, que las partes intervinientes en un determinado contrato pretenden conseguir.

Todo contrato pretende un equilibrio de las pretensiones de las partes, el surgimiento de un conflicto supone un desequilibrio de toda la ingeniería contractual, creando incertidumbre e imprevisibilidad¹²⁴. Las partes buscan con la inclusión de la cláusula de sumisión a arbitraje (convenio arbitral) establecer un sistema de restablecimiento del equilibrio contractual distinto a la jurisdicción ordinaria¹²⁵. Ese sistema del reequilibrio prestacional del contrato principal mediante un determinado procedimiento ajeno a la jurisdicción ordinaria y basado en la libre configuración contractual de las partes, volviendo a un *statu quo* de equilibrio contractual, es la causa del convenio arbitral.

Pocos autores se han atrevido a adentrarse en el tortuoso camino de la causa del contrato de arbitraje. Para el profesor Jaime Guasp, la causa del convenio estaría directamente relacionada con el objeto del mismo, la controversia¹²⁶, sirviendo como presupuesto legitimador de aquel, junto con su posibilidad y su idoneidad, ya que la causa del convenio acota el objeto. El objeto es el conflicto nacido en una relación jurídica concreta con su identidad objetiva (interpretación, incumplimiento, etcétera) y la causa sería el establecimiento de un determinado procedimiento de características propias, como la

¹²⁴ De Benito Llopis-Llombart, M, El convenio arbitral, cit. pág.150.

¹²⁵ Amado Aranda, J.I., Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y como contrarrestarlas, Revista de Derechos de Daños, 2019-1, págs. 305-347.

¹²⁶ Guasp, J. El Arbitraje en el Derecho Español, Bosch, Barcelona, 1954. “La controversia sería, pues, la causa de la existencia del compromiso, la justificación del compromiso, más que la determinación de su ámbito material”.

previsibilidad, temporalidad reducida y acotada de la solución. Solución adoptada por un tercero independiente, imparcial y especializado, llamado árbitro.

Las partes al establecer el arbitraje como medio de solución de conflictos creen, por las especiales características de dicho procedimiento arbitral, tienen la firme convicción que sus legítimas expectativas quedarán protegidas de una manera más eficiente que por la vía jurisdicción ordinaria.

Con ello, se establece una suerte de vinculación causal jurídicamente relevante entre el contrato principal y el contrato de arbitraje. En un contrato como el mercantil, donde el objeto del mismo, mercaderías y precio, está sometido a fluctuación económica temporal, las justas expectativas de rentabilidad de las partes dependerán muy directamente de los plazos de ejecución del contrato mercantil que dependerá, a su vez, de la rapidez y previsibilidad temporal en la resolución de los conflictos que surjan o hayan surgido en dicha ejecución su interpretación.

Tal y como hemos argumentado en su momento, el ordenamiento jurídico ofrece distintos procedimientos para la composición de los conflictos, sistemas autocompositivos (mediación, negociación y conciliación) y heterocompositivos (arbitraje y jurisdicción). Cada sistema supone un procedimiento diferente y diferenciado de composición de conflictos cuyos efectos son distintos. No es lo mismo, ni tiene los mismos efectos prácticos y jurídicos, componer un conflicto mediante la jurisdicción ordinaria que mediante arbitraje. La naturaleza jurídica del conflicto (objeto) nos determina nuestra libertad de elección, ya que sólo podremos optar por otros medios de solución de conflictos, distintos de la jurisdicción ordinaria, si sobre el conflicto tenemos la libre disposición. En conclusión, ‘causa abstracta’ del arbitraje, sería la ejecución de dicha libertad de elección de un sistema de resolución de conflictos distinto de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la elección del arbitraje como sistema de solución de conflictos tributario de unas ventajas específicas, con respecto al resto de los sistemas de composición más acorde con la preservación de las legítimas expectativas de las partes para con el contrato principal, sería la ‘causa concreta’ del contrato de arbitraje¹²⁷.

¹²⁷Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit. pág. 275 “Como decía en su momento F. de Castro, causa es aquello que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico, entendiendo la causa como causa concreta y distinta de la causa abstracta. La causa se configura, así como el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado”.

En el caso concreto de los contratos mercantiles, como ya hemos argumentados, dicho desequilibrio afecta a la causa principal de dichos contratos: el ‘ánimo de lucro’. Las partes entienden que, por sus características propias (previsibilidad de costes y plazos de resolución, especialización de los árbitros) o internacionalización del contrato, el procedimiento arbitral es el sistema de composición más eficaz y eficiente para restablecer el equilibrio prestacional, que no es otra cosa que las expectativas económicas de la operación mercantil (ánimo de lucro).

2.1.2.4. Elemento formal del contrato de arbitraje

Federico de Castro se refería a la forma del contrato como modo de expresar lo querido y las formalidades que el ordenamiento jurídico exigen a ese modo, por el que dicha manifestación de voluntad cree efectos jurídicos¹²⁸.

El artículo 9.3 dispone que el convenio arbitral “deberá constar por escrito”. No es unánime la doctrina al respecto¹²⁹, pero, en opinión de la doctrina mayoritaria, basándose en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, nos encontramos ante un contrato no formal, ya que esta es del siguiente tenor literal, señalando en el segundo párrafo del apartado III: “Han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”.

¹²⁸De Castro y Bravo, F. *El Negocio Jurídico*, op. cit, pág. 277.

¹²⁹ Perales Viscasillas, M^a P., ¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL, *Derecho de los negocios*, núm. 197, febrero 2007.

Lo que viene a decir la Exposición de Motivos es que la literalidad en este tipo de contratos es un presupuesto para su eficacia, pero no para la validez. Virgos Soriano¹³⁰, alineándose con esta concepción, dice que el convenio arbitral sólo empieza a desenvolver obligaciones amparadas por la legislación arbitral desde que consta por escrito, aunque fuera previa su existencia.

En este mismo sentido se ha producido la revisión o reforma del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, aprobada en 2006. La Opción I establece igualmente el principio de libertad de forma. La catedrática de Derecho Mercantil Perales Viscasillas¹³¹ mantiene, muy acertadamente, que el concepto de literalidad que parece predicarse del convenio arbitral en la reforma de la Ley UNCITRAL aparece tan distorsionado que es imposible reconocerlo como tal, dando cabida dentro del concepto “escrito” a cualquier forma que deje constancia de su contenido¹³².

Entendemos que dicho requisito de forma es tan amplio que queda equiparado al principio de libertad de forma, no encajando en absoluto con nuestros requisitos *ad solemnitatem* consagrados en el artículo 1279 de nuestro Código Civil. En definitiva, como hemos señalado anteriormente, la Ley de Arbitraje de 2003 sitúa a la exigencia de literalidad del convenio arbitral dentro de la esfera de la eficacia, sacándola de la esfera de la validez. Del mismo modo, la Ley Modelo UNCITRAL, en su reforma de 2006, consagra el mismo principio. Una eficacia a efectos de prueba, criterio asumido por el Tribunal Supremo¹³³.

¹³⁰Virgos Soriano, M, El convenio arbitral en el arbitraje internacional, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 14, 2006.

¹³¹ Perales Viscasillas, M^a P., op. cit. *¿Forma escrita del convenio arbitral?*

¹³² Ley Modelo UNCITRAL/CENUDMI. Acuerdo de arbitraje. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

¹³³SSTS de 6 de febrero de 2003 y 9 de mayo de 2003. “Se pronuncia en contra de “fórmulas sacramentales” como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje”.

2.1.2. Efectos propios del contrato de arbitraje.

2.1.2.1 Efecto positivo

El denominado efecto positivo del convenio arbitral viene recogido en el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje, según redacción dada por la Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje. Dicho artículo establece como obligación para las partes de asumir el pacto arbitral, en especial lo referente a no acudir a los tribunales ordinarios.

2.1.2.2 Efecto negativo

Sin embargo, la otra cara de la moneda o *alter ego* del efecto positivo, viene establecido poniendo en relación el artículo 11.1 de la LA con el artículo 7 de la misma, por el cual se excluiría a los tribunales de justicia de conocer de los conflictos sometidos a arbitraje.

Será a través de la declinatoria, establecida en los artículos 63 y 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cauce por el cual las partes solicitaran del juez su inhibición a la hora de conocer el conflicto surgido de la relación jurídica sometida a arbitraje.

2.1.2.3. La separabilidad

La separabilidad del convenio arbitral con respecto al contrato principal queda establecida en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, que regula distintas cuestiones. La rúbrica “Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia” es engañosa, ya que, bajo dicha denominación, se esconde la regulación legal de numerosas cuestiones de gran trascendencia jurídica¹³⁴. No podemos olvidar que la Ley de 2003 pretende regular de una forma unitaria tanto el arbitraje nacional como el internacional¹³⁵.

¹³⁴ Guzmán Fluja, V., “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios al artículo 22 de la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 1.008.

¹³⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje 60/2003. “España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias”.

En primer lugar, regula la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia (lo que la doctrina alemana ha dado en llamar “*kompetenz-kompetenz prinzip*”). Pero los árbitros no solo podrán decidir su propia competencia para resolver sobre el fondo del asunto, sino que podrán hacerlo sobre cualquier otra excepción, cuya estimación impida entrar en el fondo del asunto, incluidas las excepciones referidas a la existencia o validez del convenio arbitral.

Este conjunto de potestades de los árbitros no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley de Arbitraje de 1988 ya lo reguló en su artículo 23. Tiene también regulación internacional en la Ley Modelo UNCITRAL, así como, también nuestra jurisprudencia ha asumido dicho conjunto de potestades¹³⁶.

El artículo 22 es uno de los pocos artículos de la LA de derecho necesario, donde no se establece ningún margen a la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, las partes e instituciones arbitrales no pueden establecer un régimen jurídico distinto¹³⁷.

Por otra parte, el artículo 22 contiene una frase de especial trascendencia para nuestro trabajo. Nos referimos, al siguiente apartado: “El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”. Se traspone el contenido del artículo 16.1 de la Ley Modelo (UNCITRAL), llevando a nuestro ordenamiento jurídico interno el principio arbitral de la “separabilidad”, un principio configurado en la práctica arbitral internacional¹³⁸. La legislación francesa, así como su jurisprudencia,¹³⁹ ha conformado el término “separabilidad” de forma tal que comprende tanto una autonomía material, respecto al contrato en el cual está inserto el convenio arbitral, como una autonomía jurídica, directamente relacionada con la práctica internacional del arbitraje, dicha autonomía jurídica los autores la relacionan con respecto a la ley aplicable al contrato¹⁴⁰. La

¹³⁶ Por todas, la STS de 27 de junio de 2017. “La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance de principio kompetenz-kompetenz, STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2019, STSJ de Extremadura de 4 de junio de 2020.

¹³⁷ Guzmán Fluja, V, cit. “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, op. cit., p. 1.010.

¹³⁸ Dicha cuestión ha sido especialmente regulada en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, un ejemplo de ello lo tendríamos en Suecia, Sección 3 del Swedish Arbitration Act 1999. En Suiza, Art. 178.3 del Swiss Private Law Act. 1989. En Alemania, Art. 1040.1 del Zivilprozessordnung. En Inglaterra, Sección 7 de Arbitration Act inglesa de 1996. La Corte Suprema de Estados Unidos en su reciente Sentencia sobre el caso *Buckeye Check Cashing vs. Cardegna*, reitera la aplicación de la doctrina de la separabilidad.

¹³⁹ Artículo 1447 del Decree No. 2011-48 de, 13 de enero de 2011.

¹⁴⁰ De Benito Llopis-Llombart, M. *El Convenio Arbitral*, op. cit. pág. 49.

autonomía jurídica hace referencia al fenómeno de la convivencia en la práctica arbitral internacional de dos o más ordenamientos jurídicos. Uno aplicable al contrato principal y otro al contrato arbitraje. Un ejemplo ilustrativo para entender este fenómeno propio de la práctica comercial internacional sería un contrato de compraventa internacional de mercancías firmado bajo el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (Convenio de Viena), y el contrato o convenio de arbitraje por la Ley española de Arbitraje en aplicación de su artículo 1 o por el Convenio de Nueva York para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Internacionales, en el momento de la ejecución del laudo. La coordinación de esta multiplicidad de ordenamientos jurídicos es posible gracias a la existencia de la doctrina de la separabilidad¹⁴¹.

Por otro lado, la autonomía material ha sido asumida también en nuestro ordenamiento, a través del artículo 22 de la LA, al referir, como venimos diciendo, que “el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”. El artículo 1.285 del Código Civil establece que las estipulaciones de un contrato se deberán interpretarse conjuntamente. El artículo 22 supone una excepción al régimen legal del principio de unidad contractual establecido por el Código Civil. Pero, seguidamente, el artículo 22 acota el alcance material de dicha excepción, al apuntar que “la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”. La competencia del árbitro nace de la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, tal y como lo entiende el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 27 de junio del 2017 afirma: “El arbitraje constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes”. Así mismo, en su Sentencia de 11 de febrero del 2010, citada a su vez en la del 2017, manifiesta que “la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que exprese la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones surgidas o que puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros”.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la “separabilidad” no es una técnica absoluta por la cual se encapsula herméticamente el

¹⁴¹ Betancurt, J.C., *El Contrato de Arbitraje Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 262.

convenio arbitral dentro del contrato principal. Este encapsulamiento no se produce en todos aquellos aspectos relativos a los elementos que determinan la eficacia jurídica del contrato de arbitraje, como por ejemplo los relativos al consentimiento común. La mayoría de los contratos sometidos a arbitraje tienen como puntos de conexión una determinada relación jurídica que hemos denominado relación principal y un consentimiento común, prestado en la relación jurídica principal y en compromiso arbitral, ya que los objetos específico y causa específica de ambos contratos son distintos e individualizables.

Por ello, todo vicio del consentimiento de las partes, que produzca una nulidad radical del mismo que se produzca en el contrato principal, pese a la existencia del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, supondrá irremisiblemente una nulidad del compromiso arbitral. El legislador español, consciente de este hecho, introdujo en la redacción del meritado artículo lo siguiente: “La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”, dejando constancia de que no toda nulidad del contrato principal se transmite, sin más, al convenio arbitral.

Nos adherimos a la doctrina arbitral que predica la relatividad del efecto de la “separabilidad”, el cual se encontrará limitado¹⁴². Luego, a pesar de la que la LA predica la autonomía del convenio arbitral, siguen manteniéndose vínculos entre el convenio arbitral y el contrato principal; dichos vínculos vienen definidos por la expresión excluyente “A dichos efectos...”. ¿A qué efectos se refiere? Son los efectos que afecten a su propia competencia. El término “competencia” no podemos entenderlo en el mismo sentido que el de “competencia judicial”, ya que la función del árbitro no se ejerce de igual manera y limitaciones (planta territorial, competencia objetiva etc.). Debemos entender como “competencia arbitral” todo lo relacionado o que tenga relación con la validez, eficacia y arbitrabilidad de las materias sometidas a arbitraje. En este sentido, se manifiesta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de junio de 2017, a la hora de resolver sobre la posibilidad que tiene el juez de proseguir con el procedimiento de declinatoria previsto en el artículo 11 de la LA: “De este modo, si el juez considera que

¹⁴²Díez-Picazo Giménez, I., “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, en De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. (coord.) “Comentarios al artículo 22 de la Ley de Arbitraje, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 389. “Sin embargo, existen excepciones a esta regla general de la separabilidad, puesto que i) si el contrato es cedido a un tercero, la inexistencia del contrato respecto al cedente provoca la inexistencia del convenio arbitral respecto a este último, y ii) en determinados casos de nulidad del contrato que contiene el convenio arbitral por vicios del consentimiento, estos últimos podrían alcanzar también al propio convenio”

el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio”.

En conclusión, el principio de “separabilidad” del convenio arbitral lo es relativo y no absoluto. Es un término que solo afecta a la competencia arbitral. No existe una total y radical independencia entre el convenio arbitral y el contrato principal, ya que, como hemos señalado en repetidas ocasiones, el objeto del convenio son los conflictos nacidos de una relación o relaciones determinadas del contrato principal. El arbitraje resuelve las controversias surgidas en la ejecución e interpretación del contrato principal. Luego la causa del convenio tiene su sustento teleológico en los conflictos nacidos del contrato principal. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta conexión o vinculación contractual? Y, sobre todo, ¿cuáles son sus efectos?

3. El contrato arbitral

Dentro del convenio arbitral, entendido como un todo, como un envoltorio, según la teoría monista vigente en la actualidad, se encontrarían por un lado el contrato de arbitraje y el contrato arbitral. Ahora, por su importancia no vamos a ocuparnos del contrato de arbitraje, como manifestación de voluntad basada en su libertad de elección, por el cual las partes en conflicto excluyen a la jurisdicción ordinaria del conocimiento y eligiendo al arbitraje como mecanismo de composición de los mismos. Junto a este o conectado a este como parte del procedimiento se encontraría el contrato de arbitral que sería aquel por el cual las partes y los árbitros, elegidas por ellas o por la Corte, se establece el contrato de prestación de servicios por el cual el árbitro o árbitros se compromete a dar solución al conflicto o conflictos sometidos a su consideración de una forma independiente e imparcial en un tiempo determinado recibiendo a cambio la retribución de sus servicios.

3.1. Denominación, concepto y naturaleza jurídica

3.1.1 Denominación

No existe unanimidad en cuanto a la denominación de este contrato. Cordón Moreno, asumiendo la nomenclatura de la Ley de Arbitraje del 53 y del profesor Jaime Guasp,

llama a las relaciones jurídicas surgidas entre los árbitros y las partes “Contrato de dación y recepción del arbitraje”¹⁴³, asumiendo, con ello, la vieja denominación del Derecho Romano de *receptum arbitrii*¹⁴⁴. Por otro lado, Garberi lo denomina “Contrato de Arbitraje”¹⁴⁵, definición esta última un tanto confusa, ya que puede llevar a equívoco con respecto al convenio arbitral, mientras que la doctrina francesa la reconoce como “contrato de arbitral”¹⁴⁶.

Nuestra vigente Ley de Arbitraje, ni en su Exposición de Motivos ni en su cuerpo legal establece denominación ninguna, incluyéndola en el conjunto de relaciones jurídicas que quedan bajo el paraguas nominal del “convenio arbitral”.

Pese al hecho generalizado de la falta de denominación específica, es extendido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el acuerdo de entender que existe una relación jurídica de naturaleza contractual entre las partes y el árbitro se denomine como se denomine.

A este respecto nuestro Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia 362/2017, de 15 de febrero, califica de contractual la relación entre las partes y el árbitro y, por ende, contractual su responsabilidad.

3.1.2 Concepto

Como ya hemos apuntado, no existe una definición legal en nuestra Ley de Arbitraje del “contrato arbitral”, por lo que nos queda remitirnos a la doctrina. Tanto para Chillón como para el profesor Merino Merchán lo definen como aquel contrato que tiene por objeto fijar aspectos fundamentales como el plazo de emisión del laudo, su remuneración y su responsabilidad¹⁴⁷. Por otro lado, el profesor Cremades lo define, pero no lo denomina, de este modo: “Cuando las partes se someten voluntariamente a estar y pasar por lo que

¹⁴³ Prats Albentosa, L., *El Arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, op, pp. 25 y ss.

¹⁴⁴ Prats Albentosa, L, cit. *El Arbitraje en el Derecho español*: págs. 56. Acuerdo entre las partes y el árbitro, en el sentido de regular la aceptación por parte del árbitro, del encargo formulado por las partes, de obligarse a emitir la decisión sobre el asunto objeto del arbitraje.

¹⁴⁵ González Soria, J. cit. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, pp. 363 y 364

¹⁴⁶ Clay, T, *L'arbitre*, Ed. Dalloz, Paris, 2001, pág.475

¹⁴⁷ Chillón Medina, J.M., Merino Merchan, J.F, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*.2ªed., Civitas, Madrid 1991 pág.790

determine un tercero, se comprometen respecto de éste y obligan al árbitro contractualmente.”¹⁴⁸

A los objetos de este trabajo, asumiremos la denominación francesa, en adelante “contrato arbitral”. Dicho contrato, como hemos dicho, tiene una importancia capital dentro del procedimiento arbitral, ya que, a través de este, los árbitros recibirán por mandato y soberanía de la libertad de disposición de las partes, la competencia para decidir sobre sus conflictos y se obligan a cumplir lo acordado por ellos. Dicha competencia inviste al laudo de sus efectos jurisdiccionales, ejecutoriedad y cosa juzgada, efectos configurados legalmente desarrollados en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje de 2003.

3.1.3 Naturaleza jurídica

Como cuestión previa, tenemos que afirmar que todo lo argumentado sobre la conectividad contractual del convenio arbitral es predicable del contrato de dación de árbitros como parte integrante del anterior.

La doctrina más cualificada en el ámbito arbitral, durante mucho tiempo, se ha movido entre calificar al contrato arbitral como un “contrato de mandato” o un contrato de arrendamientos de servicios o “locación”. En la actualidad, la doctrina mayoritaria representada, entre otros, por Pelayo Jiménez¹⁴⁹ y Bernardo Cremades¹⁵⁰ entiende mayoritariamente que estaríamos ante un “contrato de arrendamiento de servicios” *sui generis*, siendo mayoritaria dicha opinión doctrinal en el derecho comparado.¹⁵¹

En nuestros días ya se ha superado la identificación del contrato arbitral con el contrato de mandato, en particular por las siguientes razones.

- a) El “contrato de mandato” se fundamenta en que el mandatario actúa por cuenta del mandante, mientras que los árbitros no actúan por cuenta de las partes. En el laudo los árbitros no deben, sin faltar a su imparcialidad, reflejar instrucciones de las partes.

¹⁴⁸Cremades, B.M., Estudios sobre arbitraje, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 186

¹⁴⁹ Pelayo Jiménez, R. Arbitraje: Consecuencias de la anulación del laudo, en el denominado “contrato de arbitraje”, *Revista de derecho procesal*, N° 1, 2007, págs. 731-743.

¹⁵⁰ Véase, en este sentido, Cremades, B.M., *Estudios sobre arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 43.

¹⁵¹ Decisión de la Cour de A’ppel de Paris de 22 de mayo de 1991.

- b) El “contrato de mandato” es un contrato de estructura subjetiva trilateral. Mientras en el arbitraje estaríamos en presencia de una estructura subjetiva bilateral.
- c) Al contrario que sucede con el mandatario, el árbitro no tiene obligación de rendir cuentas ante las partes que le han nombrado.
- d) El árbitro no podrá nombrar sustitutos, mientras que el mandatario sí.

En conclusión, como también opinan otros autores como Pelayo Jiménez y Fernández Rozas¹⁵², nos encontraríamos ante un “contrato de arrendamiento de servicios” *sui generis*. Chillón Medina y Merino Merchán van un poco más allá, y afirman que el encuadre del contrato arbitral no se puede ubicarse dentro de las clasificaciones tradicionales de aquellos contratos que suponen la actuación de una persona en nombre de otra, ya que supondría una simplificación no acorde con la compleja naturaleza de las relaciones entre el árbitro y las partes¹⁵³, consistentes en el encargo a los árbitros, a cambio de una retribución, que por medio de las facultades conferidas por las partes y el ordenamiento jurídico y a través de un proceso adecuado, emitan una resolución final (laudo) que ponga término, con eficacia de cosa juzgada, a la controversia. Todo ello bajo un especial régimen jurídico que le dota de ciertas especialidades:

1. El establecimiento de causas específicas de remoción, recusación y abstención, como causa específica de resolución unilateral del contrato.
2. Un régimen específico de independencia e imparcialidad.
3. La atribución al laudo de la eficacia de cosa juzgada.

En definitiva, las partes esperan de los árbitros expresamente un resultado concreto; una resolución idónea que ponga fin a su controversia.

¹⁵² Fernández Rozas, J.C., *Arbitraje versus jurisdicción*. Veinticinco Años de Arbitraje en España. Libro conmemorativo del 25 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) “Una óptica meramente civilista conduce a una consideración contractual afirmándose que estamos ante una especie de locación de obra”, op. cit. p. 66

¹⁵³ Chillón Medina, J.M. y Merino Merchán, J.F, cit. *Tratado de arbitraje privado e internacional*, op. cit. p. 790.

3.2. Elementos personales del contrato arbitral. Los árbitros

Dentro de la función arbitral nos corresponde hacer algunas consideraciones sobre la figura de quien ejerce dicha función como depositarios de la confianza de las partes en su juicio a la hora de resolver sus conflictos¹⁵⁴, el árbitro, que es la persona encargada por las partes para solucionar un conflicto.

3.2.1. Evolución histórica del concepto

En un principio, con los términos *arbitratus* o *arbitrium* se hacía referencia a una función meramente mediadora del árbitro. Sería pues, en una etapa primitiva, un mediador, un testigo y un conciliador en los conflictos, un mitigador del uso de la violencia o del “ojo por ojo”¹⁵⁵.

En época clásica romana, pasamos a la figura *arbitratus* o *arbitrium boni viri*, naciendo la diferencia entre árbitros y arbitradores, cuyo papel esencial consistiría, o bien en clarificar o precisar hechos o circunstancias confusas que afecten a determinadas personas, bien en dar su parecer sobre aspectos concretos de un negocio jurídico¹⁵⁶. Esta distinción se mantiene durante la vigencia de Derecho Romano y su gran influencia en el derecho medieval, desdibujándose la figura de los *arbitradores* o meros mediadores con el paso de los tiempos, no teniendo ninguna transcendencia jurídica en la actualidad.

Pero el arbitraje compromisario, que es el que llega hasta nuestros días y se conforma como germen del concepto moderno de arbitraje, sustentado en un acuerdo (*compromissum*) que sería nuestro actual contrato de arbitraje, por el cual las partes deciden presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por ellos o por el pretor, no adquiere auténtica carta de naturaleza hasta que a finales de siglo II a. C. la aceptación del árbitro queda sancionada por el pretor mediante un *edictum de receptis*. Es en época justinianea, donde queda conformada la figura del árbitro tal y como la conocemos, ya que es en este momento cuando se empieza a reconocer a la sentencia de árbitro (*laudo*)

¹⁵⁴ “(..) los árbitros no son jueces ni mandatarios, sino depositarios de la confianza de los contendientes” Fernández Rozas, J.C. Arbitraje versus jurisdicción. Veinticinco Años de Arbitraje en España. Libro conmemorativo del 25 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), op. cit, p. 66.

¹⁵⁵ Fernández de Bujan y Fernández, A. *La Deuda Histórica del arbitraje moderno*. Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en su acto de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. p. 52.

¹⁵⁶ En relación con el derecho actual, con los efectos jurídicos de la intervención de un tercero en un negocio jurídico y la distinción entre el árbitro del tercero y el dictamen pericial del árbitro de una de las partes. Díez Picazo, L. El árbitro de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch 1957.

la cualidad de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada, equiparando al árbitro al juez. En las Partidas, III, 4,23 se mantiene básicamente la concepción romana.¹⁵⁷

El Fuero Real del año 1255 asume la equivalencia entre la figura del juez y del árbitro. Esta equivalencia se mantiene en las Partidas de Alfonso X 'El Sabio'. En la Partida III, Título IV, se distingue entre jueces ordinario, delegados y árbitros¹⁵⁸.

Los siglos XVIII y XIX se caracterizan por una fuerte etapa de codificación. En esta época la impronta procesal del arbitraje era palmaria, al igual que la equiparación del árbitro con el juez. El pacto por el que las partes acuerdan someter una o varias controversias o conflictos nacidos de su relación jurídica a arbitraje del Derecho Romano, *compromissum*, llega casi intacto hasta nuestro Código Civil de 1889, quedando recogidos en sus artículos 1820 y 1821, que estarán vigentes hasta su derogación por la Ley de Arbitraje de 1988¹⁵⁹. Tal es la equiparación que tanto la Ley de 1988 como la anterior de 1953 asimilaban el régimen legal de las causas de abstención y recusación del árbitro al régimen previsto para el juez ordinario.

Por otro lado, la codificación de la normativa procesal tampoco quedo ajena a dicha tendencia y como lógica consecuencia de su evolución histórica. La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 dedicó su Título IV al arbitraje; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 diferencia en sus respectivos Títulos entre arbitraje de derecho y de equidad; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 también regula dentro de articulado lo que denomina “De los juicios arbitrales y de los amigables compondores”.

El Siglo XIX, sin embargo, no sólo se caracteriza por regular en los Códigos procesales la institución arbitral, sino también por otorgarle un importante respaldo constitucional. Es en nuestra Constitución de 1812, conocida popularmente por la “Pepa” debido al día

¹⁵⁷ Sobre el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral en los textos medievales castellanos de influencia romanística en Merino Merchán, J.F., Firmeza y ejecutoriedad de la sentencia arbitral en el Derecho castellano de la recepción, en “Panta rei. Studi dedicati a Manlio Mellomo” Vol IV. Roma 2004, pp 1-18.

¹⁵⁸ Las Partidas definen a los árbitros como “juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes”. Siendo en las leyes 23ª a 25ª donde se recoge su regulación específica distinguiendo, tal y como hacemos en la actualidad, entre árbitros de derecho “avenidores” y árbitros de equidad “advidriadores”.

¹⁵⁹ El citado artículo 1820, establece: “Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”. Es casi una transcripción literal del texto Romano recogido en el Digesto, bajo la referencia, D.4,8.27.5. Constituye el antecedente más directo del artículo 1820. “*Compromittere possunt qui liberam habent rerum administrationem: compromittere possunt qui possunt transigere*”

de su aprobación en las Cortes de Cádiz, un 19 de marzo de 1812, donde en los artículos 242, 280 y 281 se realizan una regulación explícita del arbitraje como institución, estableciendo una clara compatibilidad jurídica del arbitraje como sistema jurisdiccional ordinario¹⁶⁰. La Exposición de Motivos de la Constitución de 1812 denomina a los árbitros como “jueces árbitros”.

En el Siglo XX, y tras la vigencia, primero de la Ley de Arbitraje del 1953 seguida de 1988, las cuales traen al mundo del arbitraje una época de claroscuros, más oscura que clara, llegamos a la vigente Ley de Arbitraje de 2003 modificada en 2011, donde la figura del árbitro queda concebida como un particular con características especiales que ejerce una función pública por potestad de las partes y de la ley.

3.2.2. Concepto

Nuestra actual Ley de Arbitraje no contiene una conceptualización de árbitro, tan solo lo regula. Asumiendo la definición descriptiva que da Hinojosa Segovia, el árbitro sería un tercero imparcial que dicta la solución a un conflicto denominada laudo, y que se impone a las partes en conflicto porque ellas han acordado previamente someterla a él¹⁶¹. El Tribunal Supremo realiza también una definición descriptiva tomando como referencia de la misma a la función arbitral. La función de un árbitro no puede confundirse con la que es propia de un negociador o de un mediador. Su contenido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes, bien en derecho, bien en equidad. Por ello, y dado que no es un representante de quien le ha designado, no tiene como función la de defender los intereses de las partes a través de la negociación con los demás árbitros¹⁶².

Para el Tribunal Constitucional, por su parte, el árbitro es un particular con características especiales, tal y como lo conceptúa en su auto de 20 de julio de 1993. El árbitro aparece como un particular que ejerce una función pública como puede ser un notario, el capitán del buque mercante o el párroco¹⁶³. Frente al juez que se encuentra investido por una

¹⁶⁰ Traemos aquí por su relevancia ilustrativa las palabras de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1812. “El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural”.

¹⁶¹ Hinojosa Segovia, R. *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, p.163

¹⁶² Auto del Tribunal Supremo 41/1993, de 29 de enero.

¹⁶³ Auto del Tribunal Constitucional, 259/1993 de 20 de julio. “Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de *imperium*, y del

potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es un tercero investido de una función pública reconocida como tal por el ordenamiento jurídico, que en base al mismo y a la libertad de las partes, ha sido encomendado para dirimir un conflicto de forma imparcial y definitiva.

3.2.3. Requisitos legales para el ejercicio de función arbitral

3.2.3.1. Capacidad de obrar

La Ley de Arbitraje en base al principio vertebrador del arbitraje, la Libertad, otorga a las partes un gran margen de actuación a la hora de elegir a los árbitros y en este sentido se manifiesta ya en su Exposición de Motivos¹⁶⁴.

Pueden ser árbitros según el artículo 13 de LA, las personas naturales que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre y cuando no estén impedidos para ello por una ley especial. La pena que establece la Ley de Arbitraje es la nulidad del laudo dictado por árbitros que infringen esta normativa.

3.2.3.2. Prohibiciones

«árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)».

¹⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003. “Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones -no adecuadas a la realidad del arbitraje- designen a los árbitros”

El artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que solo podrán ser árbitros las personas naturales cuya legislación a la que estén sometidas en el ejercicio de su profesión¹⁶⁵ se lo impida.

También debemos de hablar dentro de las prohibiciones de aquella establecida en el artículo 17.4 LA, en el sentido de prohibir la posibilidad de ejercer como árbitro a aquel que ejerció como mediador en una mediación anterior sobre el mismo asunto. Esta prohibición se explica desde la perspectiva de las “cláusulas en escalera”¹⁶⁶, que son aquellas que establecen que la o las controversias se dirimirán primero en sede de mediación y luego, si esta no culmina en acuerdo, se resolverá en sede arbitral.

3.3. Contenido obligacional del contrato arbitral

Es importante determinar ahora, aunque sea someramente, el contenido obligacional de la función arbitral, pues su incumplimiento hará nacer la responsabilidad. La clasificación que proponen González-Soria y Moreno de la Santa¹⁶⁷ se divide en tres estadios; uno previo a la aceptación, otro momento que iría desde la aceptación hasta la emisión del laudo y, por último, las obligaciones surgidas una vez emitido el laudo. A su vez, cada fase obligacional se dividiría en otra serie de obligaciones que responderían a la siguiente clasificación.

3.3.1. Obligaciones anteriores a la aceptación del árbitro

El o los árbitros, previamente a la aceptación del arbitraje, tienen que cumplir con unas series de obligaciones que, en caso de incumplimiento, podrán determinar, incluso, la nulidad del laudo. A título, meramente enunciativo, podemos señalar las siguientes: examinar su capacidad para ser árbitro, examinar su competencia y predisposición para

¹⁶⁵ A este respecto hay que tener en cuenta tanto el régimen de incompatibilidades de jueces y fiscales recogido en el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 57.2 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

¹⁶⁶ Las “cláusulas escaleras” son aquellas cláusulas arbitrales que establecen la mediación previa al inicio de un procedimiento arbitral. Al respecto ver Fernández Pérez, A., “Cláusulas Escalonadas Multifunción en el arreglo de Controversias Comerciales Internacionales”, *Cuadernos de derecho Transnacional*, 2017, Volumen 9, nº.1, pp. 99-124,

¹⁶⁷González-Soria y Moreno de la Santa, J., “La Responsabilidad de los Árbitros”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, págs. 901 a 951.

ser árbitro; contar con un Seguro de responsabilidad civil, examinar posibles conflictos de intereses, examinar la viabilidad del arbitraje a tenor del convenio arbitral.

3.3.2. Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro

Una vez aceptado el arbitraje, el árbitro debe cumplir una serie de obligaciones jurídicas. Las más relevantes serían: obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios y gastos de arbitraje, obligación de determinar y conducir el procedimiento y cumplir los principios y formalidades, acordar medidas cautelares que sean precisas; obligación de dictar un laudo en tiempo y ejecutable.

3.3.3 Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión de laudo

Una vez llegado el procedimiento arbitral a su fase final, la vinculación obligacional del árbitro no termina. Podemos identificar, entre otras, las siguientes obligaciones jurídicas; notificación del laudo; resolución del recurso de aclaración; colaboración con la Administración de Justicia.

3.4. La perfección del contrato arbitral. La aceptación del árbitro

El artículo 1.258 del Código Civil dice que los contratos consensuales se perfeccionan por el mero consentimiento, pero en el caso que nos ocupa, mientras que a la parte en conflicto se le aplicaría el régimen general de capacidad de obrar y libre disposición con respecto a los derechos en conflicto, al árbitro se le aplica el régimen general y un régimen especial establecido en el artículo 16 de nuestra vigente Ley de Arbitraje.

Siguiendo a Montero Aroca¹⁶⁸, respecto a la aceptación del árbitro de cuatro momentos o fases: a) la comunicación de la nominación arbitral; b) el acto de la aceptación *stricto sensu*; c) comunicación de la aceptación por parte del árbitro a la institución nominadora y, por último: d) para el caso de arbitraje *ad hoc*, la comunicación del árbitro a la parte que lo nominó.

La aceptación del árbitro supone un momento transcendental para el procedimiento arbitral, ya que mediante la aceptación se cristaliza el poder de los árbitros a decidir y el otorgamiento de las partes de la tutela heterocompositiva, todo ello en base a libre autonomía de las partes, limitada exclusivamente a la acción de declaración del derecho, nunca de ejecución debido a la exclusividad de dicha función otorgada a la jurisdicción

¹⁶⁸Montero Aroca, J. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 1990.

ordinaria por parte del artículo 117 de la Constitución¹⁶⁹. Dicha función heterocompositiva no es permanente, durará exclusivamente lo que dure el procedimiento. El artículo 38 de la Ley de Arbitraje lo establece diciendo: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo”. Luego nos encontramos ante una competencia temporal, que no sucede con el juez ordinario. Supone por otro lado, muy importante para nuestro objeto de estudio, el momento preciso en que será de aplicación el sistema de responsabilidad general y especial regulado, este último, tanto para árbitros como para instituciones, en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje del 2003.

Tras la comunicación de su nominación, el árbitro dispondrá de quince días para aceptar. Dicho plazo podrá ser ampliado o reducido por voluntad de las partes. Si se diera el silencio del árbitro o una contestación evasiva se entenderá como renuncia a la aceptación¹⁷⁰.

Pero en la perfección del contrato arbitral, debemos detenernos en el hecho específico del nombramiento y aceptación de los árbitros cuando estos forman parte de un tribunal arbitral. El artículo 15 b) de la Ley de Arbitraje regula el proceso de nombramiento del tribunal arbitral de la siguiente manera: Dicho tribunal estará compuesto por tres árbitros. Dos nombrados por cada una de las partes y estos, a su vez, nombrarán al tercero el cual actuará como presidente de tribunal.

¿Cómo se conforma la relación jurídica entre el árbitro nombrado sin intervención de las partes? El profesor Gómez Jene entiende que la designación del presidente del tribunal pasa por la existencia de un mandato implícito legal mediante el cual las partes se confieren recíprocamente un poder de representación de una atribución de competencia y, a su vez, una delegación al árbitro por ella nombrado, para poder actuar en su nombre

¹⁶⁹ González Malabia, S, “Artículo 14. Arbitraje institucional” *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003 de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, en S. Barona Vilar (coord.), 2ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 820.

¹⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de marzo del 2000. “en base a dicho precepto debe deducirse que la comunicación remitida por parte del árbitro designado de común acuerdo por las partes supone dada su respuesta evasiva, su falta de aceptación”.

en la designación del tercer árbitro. De este modo, el poder de representación del tercer árbitro quedará vinculado jurídicamente con las partes.¹⁷¹

4. Las relaciones contractuales que intervienen en el arbitraje institucionalizado¹⁷²

No podemos olvidarnos que en el procedimiento arbitral puede intervenir otro actor de gran importancia, las instituciones arbitrales (generalmente denominadas cortes arbitrales). La intervención de estas instituciones en el procedimiento arbitral hace nacer un concreto mundo de relaciones y consecuencias muchas de ellas establecidas legalmente¹⁷³.

A continuación, analizamos ciertas precisiones terminológica al respecto del arbitraje institucional.

¹⁷¹ Gómez Jene, M., “La responsabilidad del árbitro: Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2013), Vol. 5, nº2, p. 338.

¹⁷² Nomenclatura consolidada por la doctrina. Almagro Nosete, J. *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillén*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1990, p. 37.

¹⁷³ Un claro ejemplo de lo dicho sería lo establecido en el artículo 21 de la vigente Ley de Arbitraje. “Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.”

4.1. Delimitaciones terminológicas.

4.1.1 Concepto de arbitraje institucional

El arbitraje institucional, en oposición a arbitraje *ad hoc* reglamentado¹⁷⁴, es aquel en el que la partes, en base a su libertad de libre configuración, encomienda la administración del arbitraje y/o nombramiento de árbitros a una institución arbitral¹⁷⁵.

4.1.2 Concepto de institución arbitral

Los centros arbitrales son entidades sin ánimo de lucro, integradas o autónomas¹⁷⁶, permanentes, habituales y profesionales¹⁷⁷. Son, pues, centros especializados en administrar y organizar procedimientos arbitrales, a ellos sometidos mediante una remisión referencial realizada por las partes en el convenio arbitral.

La Ley 60/2003 de Arbitraje establece de forma exclusiva y excluyente que podrá ser institución arbitral si cumple las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de entidades o asociaciones sin ánimo de lucro¹⁷⁸, de Corporaciones de Derecho Público o de entidades Públicas¹⁷⁹.
- b) La prevención en sus normas de funcionamiento interno de las funciones arbitrales.
- c) Que sus Reglamentos incluyan, tanto la administración como el nombramiento de árbitros.

¹⁷⁴Distinción introducida por la Jurisprudencia. La Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 27 de diciembre de 2011: "Las partes pueden someterse a un reglamento arbitral sin necesidad de encomendar la administración del arbitraje a ninguna entidad, pudiendo decidir en el convenio arbitral o en otro acuerdo posterior, que los litigios se sometan a arbitraje "de acuerdo" con un determinado Reglamento; en este caso, no existirá arbitraje administrado, sino "reglamentado", y las disposiciones del Reglamento integrarán la voluntad de las partes. Cabe que el arbitraje sea administrado y, en este caso, el reglamento al que las partes se hayan sometido será el de la entidad a la que hayan encomendado esa función, pero cabe también, como hemos dicho, que las partes se sometan simplemente a un reglamento arbitral".

¹⁷⁵ Remón Peñalver, J., "Comentarios al Artículo 14" en González-Bueno, C. (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pág. 323.

¹⁷⁶Clasificación que establece las Recomendaciones del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, según el grado de dependencia institucional de la Corte, (cortes de cámaras de comercio, colegios de abogados...).

¹⁷⁷Fernández Rozas, JC., Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII, págs. 71-104.

¹⁷⁸Asociaciones y fundaciones.

¹⁷⁹Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales, Tribunal de Defensa de la Competencia, Juntas Arbitrales de Consumo, Juntas Arbitrales de Transporte, Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual.

4.2. Funciones

Las funciones de las instituciones arbitrales se pueden resumir, tal y como recoge la Ley 60/2003 de Arbitraje en su artículo 14, en:

- a) Cumplir fielmente el encargo.
- b) Administrar el arbitraje.

Ambas funciones se ejercerán bajo el absoluto respeto a los principios procedimentales de igualdad, audiencia y contradicción¹⁸⁰.

Estas funciones generales, sin ánimo de ser exhaustivos, las podemos materializar en la práctica arbitral en las siguientes:

4.2.1. Supervisión del procedimiento y servicios accesorios

Las instituciones de arbitraje se encargan profesionalmente de supervisar formalmente el procedimiento arbitral, desde la solicitud de arbitraje hasta el laudo definitivo.

Por otro lado, las instituciones arbitrales realizan una serie de servicios accesorios a los meramente procedimentales como transmitir comunicaciones escritas entre las partes o entre el árbitro y las partes, la gestión de la agenda y logística de las audiencias procedimentales o deliberaciones de panel arbitral o facilitar servicios de transcripción y archivo; en definitiva, proporcionar al procedimiento los servicios administrativos o de secretaría necesarios para el normal desenvolvimiento del mismo.

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Madrid de 26 de julio de 2018. La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "La administración del arbitraje y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia" (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del *thema decidendi*, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder.

4.2.2. Revisión *prima facie* del convenio arbitral

La revisión previa por parte del centro arbitral de la validez del convenio pretende determinar la existencia, antes de empezar con la tramitación propiamente del mismo, de una serie de cuestiones fundamentales:

- a) En primer lugar, se debe decidir *prima facie* si existe convenio y, si este no presenta alguna deficiencia en su redacción o contenido material que afecte a su normal desenvolvimiento. Dicho de otra forma, el convenio no es patológico, en terminología arbitral¹⁸¹.
- b) Una vez que la sumisión a arbitraje es válida, se debe determinar si el objeto del conflicto es susceptible de someterse a arbitraje¹⁸².
- c) Por último, debemos analizar la idoneidad del centro de arbitraje para administrar el mismo.

4.2.3. Nombramiento, recusación y sustitución de árbitros

El nombramiento del árbitro es uno de los momentos críticos del arbitraje. En el mundo arbitral se dice que un arbitraje será tan bueno como el árbitro que lo asume. Los Centros de Arbitraje establecen en sus Reglamentos¹⁸³ sistemas de nombramiento basados todos ellos en las siguientes condiciones:

¹⁸¹ Terminología acuñada por la práctica arbitral en referencia a aquellos convenios arbitrales que presentan algún defecto de fondo o forma y pueden ser inoperantes.

¹⁸² Artículo 2 de la Ley 60/2003 de Arbitraje. 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

¹⁸³ A modo de ejemplo, véanse el Artículo 11 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número de árbitros y procedimiento de designación 1. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. 2. Como regla general, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. 3. Cuando las partes hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un plazo común de diez días para que acuerden su designación. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte dentro de los quince días siguientes. 4. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Corte en su lugar. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será designado por los otros dos árbitros, a los que se conferirá un plazo de diez días para que efectúen el nombramiento de común acuerdo. Pasado ese plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro

a) Prevalencia del acuerdo de las partes en el nombramiento, donde el principio procedimental de igualdad debe primar sobre cualquier otra motivación¹⁸⁴.

b) La existencia de un procedimiento objetivo y público de nombramiento de árbitro por parte de la institución en caso de falta de acuerdo de las partes. Dichos sistemas, muy variados en la práctica, deben responder a criterios objetivos y suficientemente conocidos que garanticen la independencia e imparcialidad del árbitro, su capacitación profesional y su disponibilidad con respecto al arbitraje.

será nombrado por la Corte dentro de los quince días siguientes. 5. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Corte decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se dará a las partes un plazo común de diez días para que cada una de ellas designe el árbitro que le corresponda. Pasado este plazo sin que una parte haya comunicado su designación, el árbitro que corresponda a esa parte será nombrado por la Corte. El tercer árbitro se nombrará conforme a lo establecido en el apartado anterior. 6. Los árbitros deberán comunicar su aceptación, en su caso, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la comunicación de la Corte notificándoles su nombramiento. 7. En todo caso, siempre que corresponda a la Corte la designación de árbitros será de aplicación la limitación establecida en el artículo 7 apartado 5 de los Estatutos. El artículo 12 de Reglamento de la Corte de arbitraje de Madrid. “Número de árbitros y procedimiento de designación 1. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. 2. Como regla general la Corte decidirá que procede nombrar un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. 3. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un plazo conjunto de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que en el escrito de solicitud de arbitraje o en el de respuesta a la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes haya manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Corte, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo de quince días sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte. 4. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro 16 que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 5. Sin perjuicio del mecanismo previsto en los apartados 3 y 4 anteriores, las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, podrán designar de común acuerdo al árbitro único, hasta su nombramiento por la Corte, o a todos los árbitros del tribunal arbitral, hasta que éste haya quedado constituido. 6. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Corte decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se concederá a las partes un plazo sucesivo de diez días, primero a la parte demandante y luego a la parte demandada, para que designe el árbitro que le corresponda. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de diez días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en el mencionado plazo, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 7. Los árbitros deberán aceptar su nombramiento dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Corte notificándolo

¹⁸⁴ Sentencia de TSJ de Madrid 4 de noviembre 2016. “De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la ‘limitación’ que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

El artículo 18 de la Ley de Arbitraje establece el derecho de las partes a fijar el sistema de recusación del árbitro en base a lo establecido por el artículo 17. En el caso del arbitraje institucionalizado, dicho procedimiento está profusamente regulado en el Reglamento de la Corte¹⁸⁵.

El artículo 20¹⁸⁶ de la Ley de Arbitraje permite que, bajo determinadas circunstancias¹⁸⁷, el árbitro pueda ser sustituido una vez empezado el procedimiento; es lo que se conoce como “sustitución del árbitro”. En el caso de arbitraje institucionalizado también los reglamentos de las instituciones arbitrales desarrollan dicho procedimiento¹⁸⁸.

¹⁸⁵A modo de ejemplo reseñamos el proceso de recusación establecido en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid: 1. La recusación de un árbitro, fundada en la falta de independencia, imparcialidad o cualquier otro motivo deberá formularse ante la Corte mediante un escrito en el que se precisarán y acreditarán los hechos en que se funde la recusación. Salvo acuerdo en contra de las partes, corresponderá a la Corte decidir sobre las recusaciones formuladas. 2. La recusación deberá formularse en el plazo de quince días desde la recepción de la comunicación del nombramiento o confirmación del árbitro o desde la fecha, si fuera posterior, en que la parte conociera los hechos en que funde la recusación. 3. La Corte dará traslado del escrito de recusación al árbitro recusado y a las restantes partes. Si dentro de los diez días siguientes al traslado, la otra parte o el árbitro aceptasen la recusación, el árbitro recusado cesará en sus funciones y se procederá al nombramiento de otro con arreglo a lo previsto en el artículo 16 de este Reglamento para las sustituciones. 4. Si ni el árbitro ni la otra parte aceptasen la recusación, deberán manifestarlo por escrito dirigido a la Corte en el mismo plazo de diez días y, practicada, en su caso, la prueba que hubiera sido propuesta y admitida, la Corte decidirá motivadamente sobre la recusación planteada. 5. Si, por acuerdo de las partes, la decisión sobre la recusación correspondiese a los árbitros y la recusación fuese denegada por éstos, la parte recusante podrá formular protesta por escrito ante la Corte dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión. La Corte, mediante informe motivado emitido dentro de los diez días siguientes a la protesta, podrá solicitar de los árbitros una nueva decisión que tenga en cuenta los criterios destacados en su informe. 6. La parte que viera rechazada la recusación que hubiera formulado deberá soportar las costas del incidente de recusación. 7. La formulación de una recusación no suspenderá el curso de las actuaciones a no ser que los árbitros o, en caso de árbitro único, la Corte, considere apropiado acordar dicha suspensión. En caso de que la recusación afecte a todos los árbitros, será la Corte quien decida sobre la suspensión del procedimiento.

¹⁸⁷Artículo 19. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones. 1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas: a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno. b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudiesen alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas.

¹⁸⁸A modo de ejemplo reseñamos el proceso de sustitución del árbitro, establecido en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid. 1. Procederá la sustitución de un árbitro en caso de fallecimiento, en caso de renuncia, cuando prospere su recusación o cuando todas las partes así lo soliciten. 2. La Corte podrá acordar la sustitución de un árbitro a iniciativa de la Corte o de los demás árbitros, previa audiencia de todas las partes y de los árbitros por término común de diez días, cuando el árbitro no cumpla con sus funciones de conformidad con el Reglamento o dentro de los plazos establecidos, o cuando concurra alguna circunstancia que dificulte gravemente su cumplimiento. 3. Cualquiera que sea la causa por la que haya que nombrar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de nombramiento del árbitro sustituido. Cuando proceda, la Corte fijará un plazo para que la parte a quien corresponda pueda proponer

Recientemente, algunas instituciones arbitrales han introducido en sus reglamentos la figura del árbitro de emergencia¹⁸⁹, la cual está pensada para la adopción de medidas cautelares urgentes que no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral y, en consecuencia, al inicio del arbitraje como tal.

4.2.4. Gestión de los aspectos económicos del arbitraje

En caso de controversia de las partes, el centro de arbitraje procederá a determinar el valor económico del conflicto¹⁹⁰. Con ello se podrán fijar las provisiones de fondos a cargo de

un nuevo árbitro. Si esa parte no propone un árbitro sustituto dentro del plazo conferido, éste será designado por la Corte de conformidad con lo establecido en el artículo 13 anterior. 4. En caso de sustitución de un árbitro, se reanudará el procedimiento arbitral en el momento en el cual el árbitro sustituido dejó de ejercer sus funciones, salvo que el tribunal arbitral o la Corte, en caso de árbitro único, decida de otro modo. 5. Cerrada la instrucción, y en los casos de tribunal arbitral de tres árbitros, en lugar de sustituir a un árbitro, la Corte podrá acordar, previa audiencia de las partes y los demás árbitros por término común de diez días, que los árbitros restantes continúen con el arbitraje sin nombramiento de un sustituto.

¹⁸⁹ Una de las primeras Cortes españolas en introducir el árbitro de emergencia fue la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje en cuyo Reglamento lo regula como sigue. Artículo 5. Nombramiento 1. La Corte nombrará un árbitro de emergencia dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la solicitud de nombramiento. La Corte comunicará a las partes el nombramiento realizado. 2. Nombrado el árbitro de emergencia, las partes podrán formular recusación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la recepción de la notificación del nombramiento por la Corte, de conformidad con las disposiciones aplicables del Reglamento (cf. Reglamento) 3. Salvo acuerdo expreso por escrito de las partes, ningún árbitro de emergencia podrá haber intervenido previamente como mediador, conciliador o negociador en el mismo conflicto entre éstas, ni ningún árbitro de emergencia podrá ser propuesto como candidato a árbitro en un arbitraje que se derive del mismo conflicto en el que ya haya actuado en tal calidad.

¹⁹⁰ A modo de ejemplo podemos ver el Artículo 12 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje “La Asociación fijará el importe de la provisión de fondos para las costas del arbitraje, incluidos los impuestos que les sean de aplicación. 2. Durante el procedimiento arbitral, la Asociación –de oficio o a petición de los árbitros– podrá solicitar provisiones de fondos adicionales a las partes. 3. En los supuestos en que, por formularse reconvencción o por cualquier otra causa, fuese necesario solicitar el pago de provisiones de fondos a las partes en diferentes momentos temporales, corresponde en exclusiva a la Asociación determinar la asignación de los pagos realizados a las provisiones de fondos. 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, corresponde al demandante y al demandado abonar por partes iguales el importe de estas provisiones. 5. Tan pronto como el tribunal arbitral quede formalmente constituido y siempre y cuando se hubieran abonado los anticipos y provisiones requeridos, la Asociación entregará el expediente a los árbitros. 6. Si en cualquier momento del arbitraje las provisiones requeridas no se abonaran íntegramente, la Asociación requerirá a la parte deudora para que realice el pago pendiente en el plazo de diez días. Si el pago no se realizara en ese plazo, la Asociación lo pondrá en conocimiento de la otra parte con el fin de que, si lo considera oportuno, pueda realizar el pago pendiente en el plazo de diez días. Si ninguna de las partes realizara el pago pendiente, la Asociación podrá, discrecionalmente, rehusar la administración del arbitraje o la realización de la actuación a cuyo fin se solicitó la provisión pendiente. En el caso de que rehusará el arbitraje, y una vez deducida la cantidad que corresponda por gastos de administración y, en su caso, honorarios de árbitros, la Asociación reembolsará a cada parte la cantidad correspondiente en función de los pagos realizados por cada parte. 7. Del mismo modo, en el caso de que las provisiones o aranceles cobrados a las partes resultaran finalmente superiores a las fijadas por la Asociación, ésta procederá a la devolución del exceso una vez finalizado el procedimiento. 8. Emitido el laudo, la Asociación remitirá a las partes una liquidación sobre las provisiones recibidas. El saldo sin utilizar, de existir el mismo, será restituido a las partes, en la proporción que corresponda a cada una. 9. En los supuestos en los que, por razón de la materia o por razón de la cuantía, La Asociación no haya cobrado provisión de fondos a ninguna de las partes o ésta no cubra la totalidad de las costas arbitrales y el procedimiento haya sido aceptado y tramitado, el derecho de cobro de las costas arbitrales corresponderá a

las partes que suelen incluir los honorarios de administración del procedimiento de la institución y los honorarios de los árbitros, según el baremo de honorarios que establecen las Cortes. Dichas provisiones de fondos son gestionadas financieramente (cobro y pago) por la institución.

4.2.5 Escrutinio del laudo

Algunos centros de arbitraje prevén mecanismos de corrección formal del laudo antes de su comunicación a las partes. Dicho escrutinio debe cuidar de no traspasar la delgada línea de la mera revisión formal, con el fin de no poner en peligro los principios de independencia e imparcialidad del árbitro que deben regir en todo procedimiento heterocompositivo de solución de conflictos.

4.3. El reconocimiento legal de las instituciones arbitrales en nuestro ordenamiento jurídico

El arbitraje institucional¹⁹¹ o institucionalizado ha evolucionado desde la prohibición en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que en su artículo 22.2 vetaba expresamente que el nombramiento de árbitros pudiera ser diferido a un tercero. No obstante, el arbitraje institucional es legalmente tolerado en determinados ámbitos profesionales, como la abogacía, tal y como queda patente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989, que decide sobre la nulidad de un laudo arbitral emitido por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, emitido bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953.

La situación anteriormente descrita cambia con la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988, de 5 de diciembre, cuyo artículo 10 abre la posibilidad de encomendar tanto la administración del procedimiento como el nombramiento de los árbitros a una institución arbitral. En su artículo 14, la vigente Ley de Arbitraje 60/2003 mantiene el sistema instaurado por la Ley del 88, que es la misma que la establecida en el artículo 2 e) de la Ley Modelo UNCITRAL.

La Asociación, que podrá requerir el pago de la totalidad de las mismas, indistintamente, a cualquiera de las partes y con independencia de la parte favorecida, en su caso, en el laudo.

¹⁹¹ Nomenclatura utilizada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre en su artículo 14.

4.4. Características del arbitraje institucional

El procedimiento arbitral realizado a través de una institución arbitral adquiere, debido a la intervención de esta, unas características propias que los diferencian de su homólogo el arbitraje “ad hoc”. Estas características diferenciadoras hacen del arbitraje institucional el tipo de procedimiento favorito por el mercado tanto nacional como internacional. Enunciamos a continuación una lista no cerrada ni doctrinal pero que la práctica arbitral ha ido perfilando.

4.4.1. Calidad de servicios

La proliferación de cortes e instituciones arbitrales, tanto a nivel nacional como internacional, y la libre competencia entre las mismas, ha creado un ámbito de actuación presidido por la profesionalidad, eficacia y responsabilidad de aquellas. Los Reglamentos son cada vez más precisos desde el punto de vista técnico a medida que el arbitraje se convierte en un sistema de solución de conflictos en el ámbito nacional e internacional.

4.4.2. Independencia institucional

La actuación de las instituciones arbitrales debe estar regida por los principios de independencia y neutralidad. El artículo 21 de la Ley de Arbitraje obliga a los árbitros y a las instituciones arbitrales a cumplir fielmente el encargo. El incumplimiento de este deber legal desencadenará, tanto para el árbitro como para la institución, una posible acción de responsabilidad, siempre y cuando su actuación haya sido con dolo, temeridad y mala fe.

En principio, y tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003, mientras que la imparcialidad es un atributo sólo exigible al árbitro, por el contrario, la independencia es exigible tanto a éste como a la institución¹⁹². Dicho criterio ha sido

¹⁹² Exposición de Motivos de la Ley 60/2003. “Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”.

matizado jurisprudencialmente, en especial por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 14 de noviembre de 2014, o, más recientemente, en la 26 de julio de 2018, en el sentido de afirmar que, “(...) si bien, este criterio, correcto con carácter general - aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto éste es un ‘equivalente jurisdiccional’, en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje”. Los Tribunales de Justicia¹⁹³, al igual que el de Madrid, entienden que las instituciones arbitrales, en su función integradora de la autonomía de la voluntad de las partes a través de sus reglamentos por remisión del convenio arbitral, deben estar regidas por los mismos estándares legales exigibles a los árbitros, como son los deberes de independencia e imparcialidad. Una vez dicho esto, como indica el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, asumiendo lo dicho en la Exposición de Motivos de la Ley, la imparcialidad debe ser exigida al órgano decisor, el árbitro. Pero, evidentemente, la contaminación con respecto a la imparcialidad de la institución arbitral, como institución que nombra al árbitro, y si las partes la han habilitado para ello, puede, y de hecho así sucede¹⁹⁴, proyectar perniciosamente dudas sobre la imparcialidad del propio árbitro. Por todo ello, es preciso exigir al respecto a la forma de nombrar al árbitro, los más altos estándares de respeto, entre otros, al principio de igualdad de partes¹⁹⁵.

Las organizaciones profesionales arbitrales, como El Club Español del Arbitraje¹⁹⁶, asumen el criterio de reconocer los deberes de independencia e imparcialidad tanto al árbitro como a las instituciones arbitrales. En el “Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje”, aprobadas en 2019, en su Recomendación 34, en

¹⁹³ Por todas, y en el mismo sentido que el TSJ de Madrid, la Sentencia de AP de Barcelona de 25 de febrero 2004; Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 y, por último, la Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de noviembre de 2019.

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de noviembre de 2014, o, más recientemente, en la de 26 de julio de 2018.

¹⁹⁵ Principio esencial que debe regir las actuaciones arbitrales, consagrado en el artículo 24 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, junto a los principios de audiencia y contradicción.

¹⁹⁶ El Club Español del Arbitraje (el “CEA”) es una asociación española sin ánimo de lucro dedicada a promover el recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos, así como a desarrollar el arbitraje en lengua española y portuguesa o con componente iberoamericano. Se constituyó en 2005 por un grupo de profesionales especialistas en arbitraje internacional. www.ceia.es.

referencia al funcionamiento interno, como en su Recomendación 45, en referencia al procedimiento arbitral, establecen que la institución y el procedimiento se rijan por los deberes de independencia e imparcialidad para cumplir los principios procedimentales de igualdad, audiencia y contradicción.

A continuación, debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿La institución debe ser neutral o imparcial? Ambos términos son complementarios, pero no equivalentes como veremos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la diferencia entre ambos conceptos, fundamentalmente con respecto al plano procedimental. El árbitro y la institución, con respecto al procedimiento, deben mantenerse equidistantes respecto a las partes (neutralidad), pero deben ser imparciales respecto a la decisión (fondo del fondo), exclusiva del árbitro. En este mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia constitucional. El tercer decisor (el árbitro) y el administrador del procedimiento (la institución), por aplicación el artículo 24.2 de la Constitución, deben ser neutrales como con respecto al desenvolvimiento del procedimiento, preservando el principio de igualdad entre las partes e igualdad de armas procedimentales, que es el núcleo fundamental del derecho a un juicio justo, pero imparciales con respecto a la solución del conflicto (pues el árbitro cuando laudando toma partido, por una u otra parte, se vuelve parcial).

El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 101/1989, de 5 de junio y 130/2002, de 3 de junio, reitera esta distinción entre neutralidad e imparcialidad: “El derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo tanto, otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del Juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que la normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha analizado el tema de la neutralidad de las instituciones arbitrales en varias ocasiones¹⁹⁷, al apuntar que el cuestionamiento de la neutralidad de la Corte de Arbitraje tiene que basarse en razones objetivas, nunca en meras sospechas o conjeturas. La neutralidad en el procedimiento jurisdiccional está íntimamente unida a la imparcialidad, ya que la una es premisa de la otra, tal y como queda constado en la ya reseñada Sentencia 130/2002, de 3 de junio: “(...) Así ocurriría de haber provocado esa irregularidad o infracción de normas procesales la pérdida de neutralidad del Juez penal, traspasando los límites constitucionales que a su obrar le imponen su obligada apariencia de imparcialidad”.

4.4.3. Transparencia

La Ley de Arbitraje, en su artículo 14.3, establece el deber de las Cortes de Arbitraje de exigir a los árbitros el cumplimiento de unas determinadas condiciones de capacidad y capacitación, velando por la transparencia en su designación. Al respecto, debemos hacer nuestras las Recomendaciones del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje que establece en su Recomendación 51, entre otras, que, con respecto al procedimiento de nombramiento, este debe estar regido por criterios objetivos y que garanticen que los árbitros tengan probidad, experiencia, cualificación técnica, profesional y disponibilidad material y temporal adecuadas al conflicto.

4.4.4. Celeridad

Una solución tardía es una solución ineficiente. La celeridad y prontitud en la resolución del conflicto es uno de los valores añadidos del arbitraje como medio alternativo de solución de conflicto, en especial en el ámbito empresarial. Se diría que forma parte de su idiosincrasia. La institución arbitral como garante del fiel cumplimiento del encargo debe potenciar la celeridad de los procedimientos arbitrales administrados por ella, además, con diligencia y prontitud, facilitando el uso de las nuevas tecnologías y medios de comunicación para una más eficiente y eficaz administración de los procedimientos.

El artículo 37 de la Ley de Arbitraje señala que, en defecto de acuerdo de las partes el laudo deberá ser dictado en un plazo de seis meses. La celeridad en la decisión junto a la

¹⁹⁷Entre otras la Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2016 y otras posteriores.

imposibilidad de establecer recursos frente al laudo supone uno de los hechos diferenciales entre procedimiento arbitral y el proceso jurisdiccional. Expuesto lo anterior, las partes en base al principio de autonomía de la voluntad pueden remitir su decisión sobre el plazo de emisión de laudo, en el caso de un arbitraje institucional, a lo previsto al respecto en los reglamentos de las instituciones de arbitraje.

Los Reglamentos de las Cortes tienen previsto la cuestión de la emisión del plazo.¹⁹⁸ Por otro lado, hay Cortes que establecen procedimientos abreviados con plazos reducidos.¹⁹⁹ En cualquier caso, estamos hablando de plazos mucho más breves que los resultantes de los distintos procedimientos jurisdiccionales, agravado este hecho, por la existencia de recursos en la jurisdicción ordinaria.

4.4.5. Flexibilidad

El artículo 4 a) de la Ley de Arbitraje señala que: “Cuando una disposición de la Ley deje a las partes la facultad de decidir libremente, se permita también que en su lugar decida una institución arbitral, en base a la remisión expresa contenida en el convenio arbitral firmado por las partes, y en aplicación del principio integrador del Reglamento de la institución”²⁰⁰. Por lo tanto, las instituciones arbitrales, en sus reglamentos, deben permitir que estos se adapten a la voluntad de las partes. Esta flexibilidad no es absoluta, se encuentra limitada, por el artículo 24 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, por los principios procedimentales de igualdad, audiencia y contradicción.

¹⁹⁸ A título de ejemplo citamos el artículo 48 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje que establece un plazo de tres meses para la emisión del laudo desde el escrito de conclusiones.

¹⁹⁹ Un ejemplo lo encontraríamos en el Reglamento de la Corte de la Asociación Europea de Arbitraje que en su artículo 50 establece el plazo de un mes para el caso de un procedimiento abreviado, en lugar de los dos meses establecidos para el procedimiento ordinario.

²⁰⁰ Al respecto, véase la Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017. Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral".

4.5. Naturaleza jurídica de la relación contractual entre las partes y la institución arbitral

Por último, no podemos acabar el análisis de las relaciones jurídicas implicadas en el arbitraje institucional sin hacer referencia a la relación jurídica entre la institución arbitral y las partes procedimentales.

La doctrina mayoritaria califica la relación jurídica existente entre las partes del procedimiento y la institución arbitral como de arrendamiento de servicios²⁰¹. Las instituciones arbitrales son entes sin ánimo de lucro que prestan servicios profesionales y especializados a los usuarios del arbitraje que así lo hayan previsto en sus convenios arbitrales.

Las partes, al someterse a un arbitraje institucional, pueden otorgar a la institución de una singular facultad de “representación”, en base a la cual nombra, por delegación, al árbitro, si bien la relación jurídica se establece entre las partes y el árbitro, a esta facultad se la denomina en terminología arbitral facultad nominadora.

Queda claro que no cambia la naturaleza jurídica por haber intervenido una institución en el nombramiento del árbitro. Es el mismo caso del nombramiento de un tribunal arbitral, establecido en el artículo 15²⁰² de la Ley de Arbitraje, por el cual cada parte nombra un árbitro y estos al presidente del tribunal en representación de las partes. La naturaleza jurídica del contrato entre el árbitro-presidente será de igual naturaleza que la de los otros dos árbitros, mal llamados de parte, ya que la Ley permite que las partes otorguen a los árbitros nombrados por ellas poder para nombrar al presidente del tribunal.

4.6. Naturaleza jurídica del Reglamento de la institución arbitral

En el caso de un arbitraje institucional, no existe controversia doctrinal respecto a la posibilidad de entender que el Reglamento de la institución se integrará en el contenido del contrato de arbitraje conduciéndose bajo las reglas procedimentales establecidas en este. El contrato de arbitraje institucionalizado es un negocio jurídico *per relationem*,

²⁰¹ García de Cortázar, E. “Artículo 20” en Prats Albentosa, L., (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid 2013, págs. 457-507; Cremades, B., El arbitraje del siglo XXI, *Revista de La Ley* nº4 1991, pp. 1183-1192

²⁰² Artículo 15 de la Ley de Arbitraje. “b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral”.

perfecto e incompleto, en el que la determinación de su contenido obligacional se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo²⁰³.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje califica al convenio arbitral que se remite a un reglamento como un contrato normativo²⁰⁴. Estos han sido y son plenamente admitidos por nuestro ordenamiento jurídico²⁰⁵, a este respecto nuestra jurisprudencia se manifiesta en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 13 de enero de 2022, “la propia naturaleza del arbitraje institucional, que entraña un contrato normativo en el que las partes condicionan y limitan pro futuro la autonomía de la voluntad, que es sustituida por las decisiones que legal y reglamentariamente competan a la institución administradora del arbitraje”²⁰⁶. En definitiva, los Reglamentos tienen como función principal fijar una reglamentación uniforme, general y abstracta sustitutiva de la voluntad de las partes. Nos encontraríamos ante un *pactum de modo contrahendi*.²⁰⁷ En la práctica arbitral, y en concreto en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, como hemos señalado, se otorga a este tipo de convenios una función limitadora de la autonomía de la voluntad de las partes, que delegan en la institución arbitral la decisión última sobre determinados aspectos, fundamentalmente procedimentales. Y por el principio de integración, las partes asumen como suyas todas las decisiones de la institución, así como las sucesivas modificaciones de los reglamentos²⁰⁸.

²⁰³ Díaz-Ambrona Bardaji, M^a D. *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Colex, Madrid 1982, y Gómez-Iglesias Rosón, L. La reforma de los Reglamentos de Arbitraje y su impacto sobre el convenio arbitral, *Revista de Derecho UNED*, nº 21, 2017 págs. 15-39.

²⁰⁴ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje. “Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo”.

²⁰⁵ O’Callaghan Muñoz, X. y Pedreira Andrade, A. *Introducción al derecho civil patrimonial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.

²⁰⁶ Citada recientemente por la Sentencia del Tribunal Superior de La Rioja, de 14 de marzo del 2024.

²⁰⁷ Auto Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de 2006.

²⁰⁸ Por todas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo de 2017. Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral”.

CAPÍTULO IV. LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y DEBERES CONEXOS. PRINCIPALES EFECTOS DE SU VULNERACIÓN.

1. Introducción

Tanto el procedimiento arbitral como el proceso jurisdiccional son sistemas heterocompositivos de solución de controversias, donde un tercero, ajeno a las partes, deciden el conflicto. Esta sería la función de “*iuris dictio*” asignada a los jueces vía artículo 117 de la Constitución y a los árbitros vía artículos 9 y 37 de la Ley 60/2003 y avalado constitucionalmente por reiteradas resoluciones del Tribunal Constitucional²⁰⁹. Potestad otorgada a los árbitros, a diferencia de los jueces, temporalmente y para una controversia o conjunto de controversias concretas por las partes vía contrato.

Es reiterada la doctrina de los Tribunales de Superiores de Justicia y anteriormente de las Audiencias Provinciales²¹⁰, al considerar a la independencia e imparcialidad como principios medulares de la confianza de los ciudadanos en su propia organización social. Los árbitros deben ser conscientes de su gran responsabilidad que asumen frente a las partes.

²⁰⁹ ATC 259/1993 de 20 de julio.” Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y haber ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de *imperium*, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987).

²¹⁰ Por todas, las SAP de Madrid, de 8 de mayo de 2009; SAP de Madrid, de 15 de febrero de 2008; SAP de Madrid, de 26 de febrero de 2008; SAP de Madrid, de 14 de diciembre de 2007; SAP de Gerona, de 29 de abril 2005 y las STSJ de Madrid, de 15 de febrero de 2019; STSJ de Asturias de 12 de abril de 2008; STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017; STSJ de Madrid, de 4 de noviembre 2016; STSJ de Madrid, de 19 de julio de 2016; STSJ de Madrid, de 27 de octubre de 2017; STSJ de Madrid, de 23 de octubre de 2015; STSJ de Cataluña, de 29 de julio 2014 y STSJ de Cataluña de 10 mayo de 2012.

En especial, como pone de manifiesto el profesor Fernández Rozas, las gravísimas consecuencias para las partes que después de un prolongado y costoso procedimiento arbitral ven el laudo, favorable o desfavorable, anulado por falta de la debida independencia e imparcialidad, que obligaría a repetir todo el procedimiento²¹¹. Es en este aspecto donde centraremos nuestro estudio ya que constituye nuestro objeto de nuestra tesis. Procederemos, una vez analizado dicho incumplimiento desde una perspectiva contractual y como efecto consiguiente la anulación del laudo, a estudiar la posibilidad de las partes de realizar contratos de cobertura con los que subsanar el perjuicio sufrido. A este respecto, como argumentaremos más adelante, no podemos olvidar la doble naturaleza de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro, por un lado, procedimental como parte esencial del procedimiento arbitral donde se vería implicado el orden público por vulneración de los principios procedimentales recogidos en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje, y, por otro como parte esencial de los deberes básicos contractuales del contrato de arbitraje, artículo 17 de la Ley de Arbitraje. De Este modo, se verá proyectada su transgresión con efectos jurídicamente relevantes, como hemos dicho antes, entre ellos, la relevante nulidad del procedimiento arbitral.

Los destinatarios últimos de los deberes de independencia y de imparcialidad no son los jueces ni los árbitros, sino los ciudadanos y las empresas, en definitiva, la propia sociedad. El ciudadano debe de estar convencido de que está siendo juzgado por un tercero (juez o árbitro) y con independencia de su número, independiente e imparcial. Ello constituye el cumplimiento de un principio consagrado legalmente para la jurisdicción en el artículo 24 de nuestra Constitución como parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Con respecto al procedimiento arbitral, como hemos dicho, se encuentran configurados legalmente en los artículos 17 y 24 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. En el artículo 24 formando parte de los principios informadores del procedimiento arbitral, principios de igualdad, audiencia y contradicción, quedando ubicados en el artículo 17 los deberes contractuales del árbitro como deberes de configuración legal.

Esta configuración de los principios de independencia e imparcialidad como elemento esencial del juicio jurisdiccional y arbitral es base esencial de los modernos sistemas jurídicos en los que se basa el Estado de derecho. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) consagra el derecho de toda persona a que su controversia

²¹¹ Fernández Rozas, J.C., “Contenido ético del deber...”, op. ct., p. 801.

sea resuelta por un juez independiente e imparcial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en sus Sentencias de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin, exigen del juez nacional dos conductas, una, no poder asumir procesalmente funciones de parte y dos, la prohibición de realizar actos ni mantener con las partes del proceso relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa posición anímica o en su contra.

El ámbito del arbitraje internacional tampoco es ajeno a la exigencia de los deberes de independencia e imparcialidad al árbitro. La Ley Modelo UNCITRAL, en su artículo 12, recoge dicha obligación legal.

Cuando nos referimos a los deberes de independencia e imparcialidad no sólo están implicados esquemas jurídicos, sino éticos y morales. Plutarco, en su biografía sobre Julio Cesar de su serie “Vidas paralelas”, pone en boca del propio Cesar, en referencia a su ya exesposa Pompeya, la famosa frase “No basta que la mujer del César sea honesta; también tiene que parecerlo”. En el tema que nos ocupa, podemos aplicar a nuestro objeto de estudio la frase, en el sentido teleológico de la misma, “El árbitro no basta con que sea independiente e imparcial; también tiene que parecerlo”.

Tanto el juez como el árbitro cuando resuelven un conflicto no están aislados en lo alto de una montaña, incluso si así fuera, nunca podría estar aislado de sí mismo. Ambos están sometidos a presiones e influencias externas e internas que contorsionan y distorsionan su juicio. Por todo ello, tanto jueces como árbitros deberán contar con herramientas personales, deontología profesional, así como, herramientas legales, como un estatuto profesional, la predeterminación legal del juez ordinario, las causas de abstención, entre otros, que serán algunos de los mecanismos eficaces para la protección de su independencia e imparcialidad. En conclusión, es lo que la jurisprudencia reiterada del Constitucional²¹² ha dado en llamar “derecho a un proceso con todas las garantías” consagrado en el artículo 24.2. de la Constitución, que trasladado al ámbito arbitral sería el “derecho a un procedimiento justo”.

²¹² Entre otras, a título de ejemplo, las SSTC 6/1998, de 13 de enero; 98/1997, de 20 de mayo; 145/1988, de 12 de julio.

2. Los principios-deberes de independencia e imparcialidad en el arbitraje como procedimiento heterocompositivo de solución de controversias

2.1. Evolución histórica de la imparcialidad arbitral

La evolución histórica de los principios de independencia e imparcialidad del arbitraje, hasta la vigente Ley de Arbitraje, han evolucionado paralelamente y al unísono con la configuración de la independencia e imparcialidad de los jueces ordinarios.

Ya desde el Digesto²¹³ se estableció la interdicción a que un juez ordinario pudiera hacerse cargo de un arbitraje cuyo objeto estuviera sometido a su jurisdicción²¹⁴, herencia de la tradición romano-justiniana de equiparar jueces y árbitros. Principio que lo que buscaba era proteger la imparcialidad del árbitro y del juez en el ejercicio de sus funciones.

Las Partidas, posteriormente, son tributarias de dicha concepción procesalista del arbitraje, en principio para los árbitros de derecho, matizándolo en referencia a los arbitradores²¹⁵. La Partidas III, 4,24, establece expresamente la interdicción de que el juez ordinario sea árbitro de derecho en un pleito que esté conociendo.

Con la Compilación, tal y como hemos visto en el capítulo correspondiente, el arbitraje queda encuadrado dentro de la legislación procesal, denotando claramente la elección legislativa por la naturaleza jurídica procesalista del arbitraje. La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de octubre de 1855, consagra legalmente la equiparación de la recusación judicial y arbitral que se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, que fusionando el arbitraje estricto y la amigable composición en las nuevas categorías, arbitraje de derecho y equidad, deroga toda la legislación anterior sobre la materia, pero mantiene, como hemos dicho con anterioridad, la equiparación con respecto a los motivos de recusación entre jueces y árbitros.²¹⁶

²¹³ Digesto, IV, 8,9,2: *Si quis iudex sit, arbitrum recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege Iulia.*

²¹⁴ Merchan Alvarez, A. El Arbitraje, cit. p 91

²¹⁵ Ibidem p. 93

²¹⁶ Hinojosa Segovia, R., *El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio Jurisprudencial)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 19

En referencia a los antecedentes legislativos de la vigente Ley de Arbitraje, tanto la de 1953, como su sucesora de 1988, pese a romper con la tradicional concepción procesalista del arbitraje, son continuistas con respecto a la equiparación de jueces y árbitros con respecto a los estándares de independencia e imparcialidad, de uno y otros, aplicando análogicamente las causas de recusación de jueces a los árbitros, remitiendo ambas a las causales de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la hora de tratar la recusación del árbitro.

Es la Ley de Arbitraje del 2003 la que rompe dicha línea conceptual, en concreto, en su Exposición de Motivos establece una separación de regímenes jurídicos entre la recusación de árbitros y de los jueces ordinarios²¹⁷.

2.2 Breve análisis sobre el concepto de orden público

Como cuestión de previo pronunciamiento, dada la importancia de lo que se dirá después, nos debemos ocupar por realizar un breve y somera descripción conceptual de los perfiles del llamado orden público, en concreto en su vertiente procesal.

El orden público como concepto jurídico posee una enorme complejidad a la hora de definirlo, en palabras de Tribunal Supremo lo califica como un “enigma jurídico”.²¹⁸ El orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que evidencian los valores en un momento dado²¹⁹. Aquí reside su mayor complejidad, en su mutabilidad temporal, ya que tendremos que identificar qué entendemos por orden público en cada momento histórico.

Antes de continuar, tal y como hace la doctrina, debemos distinguir entre orden público nacional e internacional. El orden público en Derecho Internacional se define como una excepción legal a la aplicación de la ley extranjera competente a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran

²¹⁷ Exposición de Motivo de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 21 de diciembre. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general

²¹⁸ Auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3/2014, de 7 enero, entiende que: . “El orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también.”

fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro. Sin embargo, nos venimos refiriendo al orden público nacional como conjunto de principios y valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico²²⁰.

Nuestro vigente ordenamiento jurídico, al igual que los países de nuestro entorno con tradición jurídica basada en el “civil law”²²¹, entiende que el actual orden público se encuentra en los principios y valores incluidos como tales en nuestra Constitución de 1978.²²²

El Tribunal Constitucional considera que dentro del artículo 24 de la Constitución se encuentran los elementos básicos del orden público procesal dentro del concepto de la tutela judicial efectiva. Mantiene que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de opción, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución. Califica el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho prestacional²²³, solo ejercitable ante los cauces establecidos por la jurisdicción ordinaria.²²⁴ Y que, en el caso del arbitraje, se ejercita a través de la acción de nulidad del laudo, en concreto de la causal f, del artículo 41 de la Ley 60/2003 de Arbitraje.

²²⁰ STS de 31 de diciembre de 1979.

²²¹ Fernández Rozas, J.C., “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, 2015, p. 838. “Frente a posiciones anglosajonas que reducen el orden público al estricto respeto de los derechos humanos, a su condicionamiento absoluto de la Sharia en ciertos países islámicos. Los países de nuestro entorno acostumbran a vincularlo a la observancia de los valores constitucionales y no a cualquier norma del ordenamiento jurídico, aunque posea carácter imperativo.”

²²² STC 43/1986 de 15 de abril.

²²³ ATC 701/1988 de 6 de junio. “ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiéndolos sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros.

²²⁴ SSTC (por todas). 25 de abril de 1985, 3 de noviembre de 1990, 29 de octubre de 1995 y 25 de octubre de 1996.

No es nuestro objeto realizar un estudio pormenorizado del complejo universo de derechos y principios procesales que componen el artículo 24 de la Constitución.²²⁵ Sin embargo, no podemos dejar de citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1986, de 15 de abril, en la cual se establece que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, el orden público ha adquirido en nuestro país una nueva dimensión de contenido distinto, anclando el orden público procesal en el contenido del artículo 24 de nuestra norma suprema²²⁶.

2.3. El orden público procesal como estándar jurídico de homologación del procedimiento arbitral

El “proceso” se aparece como el cauce por el cual el Poder Judicial imparte Justicia, juzgando y haciendo cumplir lo juzgado²²⁷. Junto a este, nos encontraríamos con el “procedimiento arbitral”, como método o conjunto de actos tendentes a la resolución de conflictos, con una función meramente de “iuris dictio”. No podemos olvidar esta manifestación de voluntad, los árbitros la materializan mediante el laudo, al cual el ordenamiento jurídico les reconoce unos efectos “equivalentes” a la sentencia, de marcado perfil procesal, ejecutoriedad y efecto de cosa juzgada. El laudo al igual que una escritura pública son poseedores de una ejecutoriedad material siendo prerrogativa exclusivamente judicial la ejecutoriedad procesal del juez ordinario por aplicación del artículo 117 de nuestra Constitución.

²²⁵Que comprende los siguientes derechos: “Derecho de acceso a la Jurisdicción, derecho a una resolución motivada, derecho a una resolución fundada en Derecho, derecho a una resolución congruente, derecho a la ejecución de sentencia, derecho a la doble instancia, derecho a la inmovilidad de la sentencia, derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, derecho de defensa, derecho a la asistencia letrada, derecho a ser informados de la acusación formulada, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, derecho a la presunción de inocencia”

²²⁶STC 43/1986, de 15 de abril. “Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución.”

²²⁷ En aplicación de artículo 117 de la Constitución Española de 1978.

Sería erróneo, tal y como hemos visto, pensar que el arbitraje se encuentra desposeído, como medio heterócompositivo de solución de controversias de los principios de igualdad, audiencia, contradicción e imparcialidad que el artículo 24 de la Constitución exige al procedimiento judicial.

El cumplimiento de los estándares del orden público procesal convierte al procedimiento arbitral en un sistema homologable con la jurisdicción ordinaria para la resolución de conflictos. El Tribunal Constitucional traslada las exigencias exclusivas para la jurisdicción ordinaria al arbitraje a través de la cláusula del orden público y así lo razona en su Auto 116/1992, de 5 de mayo²²⁸, asumiendo lo dicho en su Sentencia de 14 de abril 1986²²⁹. De este modo, se equiparán al orden público con las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución. Esta imposición constitucional, la encontramos legalmente trasladada al arbitraje vía artículo 24 de la Ley de Arbitraje, que establece el mandato por la cual todo procedimiento arbitral debe cumplir con los principios de audiencia, igualdad y contradicción.

La aplicación de estos estándares al arbitraje viene de antiguo. El Tribunal Supremo por Sentencia de 19 de febrero de 1944, ha puesto de relieve que forman parte de “la base necesaria de la actuación pacificadora de los comunes amigos”. Doctrina que asume, más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras y por todas en su Sentencia, de 23 de marzo 2017, al afirmar: “Y es que, aunque en el arbitraje no se

²²⁸ Auto del Tribunal Constitucional, de 5 de mayo 3. Se denuncia asimismo una segunda vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de la Sentencia de 26 de noviembre de 1991, al haber considerado inaplicable la causa de anulación establecida en el art. 45.5 de la Ley 36/1988. Ciertamente, en la Sentencia impugnada se sostiene que no concurre la citada causa de anulación (infracción del orden público), pero se basa para ello en una interpretación razonada y suficiente del meritado precepto. Interpretación que, bien es verdad, le lleva a tildarlo de redundante por reiterativo de las causas de nulidad contempladas en los núms. 1 a 4 del art. 45, pero que, en la medida en que mediante dicha calificación equipara a la cláusula de orden público con las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución, resulta perfectamente respetuosa con este último, habida cuenta de que -según ha sostenido ya este Tribunal respecto de los procedimientos de exequatur (STC 43/1986)- la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24. Así las cosas, dado que en la Sentencia impugnada se razona de manera suficiente -al hilo de las restantes pretensiones de la ahora recurrente- la no concurrencia de causas de nulidad tales como la indefensión o la incongruencia, ha de entenderse que la decisión judicial de tener por no conculcado el orden público no puede ser tachada de atentatoria contra el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de abril de 1986. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución.

desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el procedimiento arbitral, y máxime cuando se repara en la circunstancia de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo asimilado a una sentencia (art. 43 LA y 517.2.2º LEC)(...). (...) función de laudar que es de interés público, porque subviene al mismo fin y ostenta la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional (...).”

El orden público, en materia arbitral, también se ha utilizado como criterio para establecer los límites entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, estableciendo los límites de la autonomía de la voluntad, como principio conformador de todo arbitraje²³⁰. La jurisdicción ordinaria, mediante el procedimiento de anulación del laudo, revisa que el laudo emitido en el procedimiento arbitral y, por ende el propio procedimiento, cumpla los requisitos de orden público incluidos en el artículo 24 de la Constitución, determinando la nulidad del laudo y en consecuencia de todo el procedimiento arbitral, produciendo, todo ello, graves perjuicios para las partes en su esfera patrimonial, ya que la nulidad del laudo aboca a las partes a la repetición de todo el procedimiento.

El Juez se erige como garante de la legalidad vigente ante la posibilidad de que el árbitro vulnere los principios básicos de dicha legalidad plasmados en el orden público procesal y el laudo carezca de las condiciones mínimas de equiparación a la sentencia judicial. En definitiva, el orden público para el arbitraje se constituye como una cláusula general de protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico, permitiendo con ello la homologación jurídica del arbitraje como método adecuado de solución de conflictos homologable a la jurisdicción ordinaria.

²³⁰ Fernández Rozas, J.C., “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, 2015, p. 823.

2.4. La independencia e imparcialidad del árbitro

La vigente Ley de Arbitraje no incluye, dentro de su articulado, concepto alguno de los principios-deberes de independencia e imparcialidad referidos al arbitraje, ya que su función es regularlos. Los nombra específicamente como una obligación del árbitro en su artículo 17 en los siguientes términos: “Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”. Del propio texto deducimos la configuración legal de dicha obligación. La propia Ley determina la absoluta rigurosidad que supone para el árbitro su cumplimiento, “debe ser y permanecer”. Pero la Ley de Arbitraje no aporta concepto alguno sobre lo que debemos entender por independencia e imparcialidad en el arbitraje.

Tal y como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de julio de 2005, “la obligación del juzgador de no ser “juez y parte”, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1999 en dos reglas”. Una imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a una imparcialidad subjetiva, especialmente relacionada con las relaciones del árbitro con las partes. La Audiencia Provincial de Madrid afirma que, en dichos conceptos predicables de la jurisdicción ordinaria, “estas notas de imparcialidad son igualmente aplicables al proceso arbitral en general”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 31/2023, de 19 de septiembre, reitera la limitación temporal de la obligación-deber de la árbitro contenida en el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje, indicado que, “La exigencia indeclinable del artículo 17.1 Ley de Arbitraje debe referida, siempre, tanto al momento de la designación del árbitro como al tiempo que comprende el entero devenir del arbitraje” y señala también su contenido, de prohibición y mandato. El mandato vendrá impuesto por el artículo 15.2 “cuando establece que el procedimiento para la designación de árbitros -y a fortiori en la designación misma- no se puede vulnerar el principio de igualdad”, enlazando los deberes de independencia e imparcialidad, con los principios procedimentales del artículo 24 de la Ley de Arbitraje, en los cuales está implicado el orden público procesal. Por otro lado, junto con este mandato encontramos una prohibición radicada en el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje, ya que el árbitro, “no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”.

No obstante, retomando el hecho por el cual tanto la independencia e imparcialidad judicial como arbitral han tenido una evolución paralela a lo largo del tiempo, dejaríamos incompleto el análisis de la independencia e imparcialidad arbitral si no entráramos a analizar, aunque fuera someramente, los principios de independencia e imparcialidad judicial para, de este modo, comprender mejor las diferencias de ambos regímenes.

2.4.1. Referencia los deberes de independencia e imparcialidad en el ámbito judicial

Tal y como ha quedado dicho, la evolución de la independencia la imparcialidad arbitral, ha avanzado paralelamente a la evolución y desarrollo de la independencia e imparcialidad judicial, teniendo, por tanto, como ya hemos indicado, un origen común, que reside en la base del sistema democrático moderno. Por ello, nuestro estudio requiere una referencia a la independencia e imparcialidad del juez.

2.4.1.1. La independencia judicial

La independencia es exigible al juez en ejercicio de su función jurisdiccional como función del Estado, lo que significa, en palabras de Gómez Orbaneja, que el juez con respecto al ejercicio de su función jurisdiccional debe de estar únicamente condicionado y subordinado a la ley, y debe resolver el fondo del asunto que se somete su juicio condicionado y subordinado exclusivamente a la legalidad vigente, abstrayéndose de cualquier otra consideración o influencia²³¹. Montero Aroca va más allá, al afirmar que la exclusiva subordinación a la ley es el presupuesto de la independencia judicial. Ello no significa que la ley suponga un límite a la independencia, ni la sumisión a la ley una excepción de su independencia es más bien una forma, la única forma, de ejercer su función pública. Esta premisa, queda legalmente consagrada en el art. 117.1 de la C.E. al señalar que los jueces y magistrados quedan “sometidos únicamente al imperio de la ley”²³². La Constitución al remitirse a la ley se está refiriendo tanto a ella como al resto del ordenamiento jurídico que deriva de ella.

²³¹ Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Civitas, Madrid 1979. “(...) el sometimiento del juez a la ley y su independencia frente a todo lo que no sea la ley, son dos correlativos. Ambos caracteres, sometimiento e independencia, integran el concepto de jurisdicción en el Estado moderno”

²³² Montero Aroca, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1998, pp 101

El profesor Díez Picazo clasifica la independencia judicial atendiendo al origen de las posibles perturbaciones que puede sufrir en su independencia²³³. En el mismo sentido se manifiesta Pico i Jonoy²³⁴. Estos dos autores distinguen entre independencia externa plasmada en el art. 1 de la L.O.P.J., que protege a los jueces y magistrados frente a las intromisiones provenientes del exterior, y la interna recogida en el art. 12.1 de la L.O.P.J., al manifestar: “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”. Esta distinción no sería de aplicación al árbitro ya que no pertenece a ninguna estructura corporativa como el Poder Judicial, solo la independencia externa tendría virtualidad en el ámbito arbitral.

El juez tiene como obligación ser independientes en sus sentencias, y los ciudadanos tenemos el derecho de que así sea. En este sentido, debe ser libre con respecto a todo y a todos en el desarrollo de la función de juzgar. Esta libertad es la base fundamental de lo que venimos en denominar el “imperio de la ley”, lo cual significa la sujeción de su actuar y pensar exclusivamente al Derecho. El poder judicial no puede ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes legalmente establecidos. En este sentido cabe traer el parecer del Constitucional puesto de manifiesto en su Sentencia 133/1995, de 25 de septiembre, al establecer “la independencia judicial de cualquier presión o influencia externa tiene como anverso el sometimiento exclusivo de los Jueces a la Ley y al Derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” .En conclusión, independiente es un juez que aplica el Derecho y que lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra. La independencia trata, entre otras cosas de preservar las decisiones judiciales de influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social del que forma parte fundamental el Poder Judicial.

²³³ Díez-Picazo, L. *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas. Madrid 1991, pp. 102 y ss

²³⁴ Pico i Junoy, J. *La imparcialidad judicial y sus garantías*, J.M. Boch Editor, Barcelona 1998, pp- 30 y 31

2.4.1.2. El deber de imparcialidad judicial

La imparcialidad del juez predeterminado se nos presenta como un requisito sustancial del derecho al proceso debido, tal y como la califica el Constitucional en su Sentencia 60/1992 como “(...) la primera de las exigencias básicas”. La imparcialidad judicial está íntimamente unida a la razonabilidad de las sentencias judiciales, razonabilidad que quedará plasmada en la motivación de las sentencias. Siguiendo al Constitucional, la doctrina sentada por el TEDH en sus Sentencias de 26 de octubre de 1984 (caso Cubber) y de 1 de octubre de 1982 (caso Parsec) sitúa a la imparcialidad como un elemento sustancial a la Administración de Justicia y a un Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución en el artículo 1.1, siendo inherente a los derechos fundamentales al juez legal y a un proceso con todas las garantías. Esto define el derecho de los ciudadanos y la obligación para el juez de ser tercero entre las partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio, como elementos conformadores de la actividad del juez.

Siguiendo a Pico i Junoy, en el sentido de afirmar que la independencia no es un fundamento de la imparcialidad, entendemos, como Vázquez Sotelo, que es sin embargo, la independencia judicial una garantía de la imparcialidad y la imparcialidad garantía de la independencia. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2012 de 19 de marzo, reconoce a la imparcialidad como una de las garantías constitucionales de la independencia del Poder Judicial: “Además, la proclamación constitucional de la independencia del poder judicial va acompañada del establecimiento de diversas garantías adecuadas a asegurar su efectividad, como son, entre otras, la inamovilidad, la imparcialidad, el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, y el régimen de responsabilidad,(...)” Si calificamos a la independencia como fundamento de la imparcialidad, todo juez independiente debería ser imparcial, silogismo que es falso ya que podemos encontrarnos con un juez independiente y parcial y viceversa.²³⁵

Independencia e imparcialidad son, en definitivas, dos caras de una misma moneda. La primera haría referencia a la potestad; y la imparcialidad a la forma de ejercer dicha potestad.

²³⁵ Pico i Junoy, J. cit. *La imparcialidad judicial* ..., p. 32

El juez, por tanto, no puede ser parte, ni tener intereses comprometidos en la causa propia. Estas dos obligaciones para un juez imparcial han quedado consagradas por la jurisprudencia del TEDH²³⁶, entre otras por las Sentencias de 22 de junio de 1989 (caso Lanborger), de 25 de noviembre de 1993 (caso Holm) y de 20 de mayo 1998 (caso Gautrin), y asumidas por nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 54/1985 y 225/1988. Dicha obligación dice el Constitucional en su Sentencia 162/1999, de 27 de septiembre se puede resumir en dos reglas, “(...) según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra”. La jurisprudencia constitucional²³⁷ se aparta del criterio clasificador antes expuesto del TEDH, y agrupa bajo la rúbrica de “imparcialidad subjetiva” a aquellas sospechas que responden a indebidas relaciones del juez con las partes, agrupando bajo el concepto de “imparcialidad objetiva” a todas aquellas sospechas que ponen en evidencia una indebida relación del juez con el objeto del proceso.

Pero al estar en juego la confianza de la sociedad en sus tribunales de justicia, tal y como afirma el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 162/1999, “(...) es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos (...). Tanto el Tribunal Constitucional²³⁸ como el TEDH²³⁹ son coincidentes en considerar, que no cualquier sospecha podrá tener entidad suficiente para apartar a un juez del conocimiento de un asunto. Dichas sospechas deben de estar objetivamente justificadas o lo que es lo mismo, exteriorizadas y demostradas permitiendo afirmar que el juez no es ni subjetiva ni objetivamente ajeno al proceso o que haga fundadamente sospechar que el juez ha emitido su juicio basándose en consideraciones ajenas a las prevenidas por el ordenamiento jurídico.

²³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²³⁷ SSTC 145/1988, 11/1989, 136/1992 y 32/1994

²³⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional, 145/1988, 11/1989, 151/1991, 113/1992, 119/1993, 299/1994, 60/1995 y 142/1997.

²³⁹ Sentencias de TEDH de 17 de enero de 1970, caso Delcourt,; de 1 de octubre de 1982, caso Piersack ; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt, 29 de agosto de 1997, caso Worm, y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar.

2.4.2. Acotamiento conceptual de los términos independencia e imparcialidad judicial

No es extraño que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nos encontremos con cierta frecuencia los conceptos de independencia e imparcialidad equiparados, cuando no confundidos, con conceptos afines como la neutralidad, la objetividad o la discrecionalidad. Conceptos, todos ellos, muchas veces con perfiles confusos. Por este motivo, vemos la importancia de realizar un somero análisis delimitador que nos sirva para clarificar los mismos como conceptos fronterizos con el de la imparcialidad y a la equidistancia o neutralidad de la persona o personas llamadas a decidir el conflicto, siendo esta la fundamentación última de instituciones como la recusación y la abstención.

2.4.2.1 Neutralidad e imparcialidad

El Derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones. Esta ponderación de intereses es imposible aplicando una mera equidistancia, ya que nunca o casi nunca la solución estará en el punto medio.

Con carácter general, el diccionario de la Real Academia Española se refiere a la imparcialidad como la falta de designio anticipado o el papel de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud y define la neutralidad como la cualidad o actitud neutral, entendiendo por esta la facultad de aquel que no participará en ninguna de las opciones del conflicto.

El tercero decisor, por imperativo constitucional recogido en el 24.2 de la Constitución, debe ser neutral como director del proceso, preservando el principio de igualdad entre las partes que es el núcleo fundamental del derecho a un juicio justo, pero imparcial con respecto a la solución del conflicto. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en sus Sentencias, de 5 de junio de 1989 y de 3 de junio de 2002: “El derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo tanto, otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del Juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que la normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa

que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes”.

La neutralidad en el procedimiento jurisdiccional está íntimamente unida a la imparcialidad, ya que la una es premisa de la otra, tal y como queda constado en la ya reseñada Sentencia, de 3 de junio de 2002, en los siguientes términos “(...) Así ocurriría de haber provocado esa irregularidad o infracción de normas procesales la pérdida de neutralidad del Juez penal, traspasando los límites constitucionales que a su obrar le imponen su obligada apariencia de imparcialidad”.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir, entonces, que el órgano jurisdiccional, al igual que el árbitro, deberán ser neutrales con respecto al proceso, pero imparciales con respecto al fondo del conflicto.

Esta diferenciación conceptual entre imparcialidad y neutralidad tiene una especial trascendencia en el procedimiento arbitral. En especial con respecto al arbitraje administrado, donde interviene una institución arbitral como entidad nominadora y administradora del procedimiento. ¿La institución arbitral debe ser imparcial o neutral?, debemos preguntarnos. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en especial el de Madrid²⁴⁰, han sostenido que la imparcialidad en “strictu sensu” es un atributo exigible a quien decide. Pero la institución arbitral, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia, de 14 de noviembre de /2014, “no decide, pero tiene un papel importantísimo en el momento de nombramiento del árbitro como en la administración del procedimiento”. En definitiva, participa activamente en la administración del procedimiento, pero no lauda. Luego en base a todo lo razonado hasta el momento, la institución arbitral debe regirse por el principio de neutralidad subjetiva.

Pero en cambio, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha venido señalando, en reiteradas ocasiones, que los principios fundamentales básicos del procedimiento arbitral establecidos en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje²⁴¹, en especial el principio de igualdad

²⁴⁰ SSTSJ de Madrid 24/2013, de 9 de septiembre, y la 22/2017, de 23 de marzo.

²⁴¹ Principios de igualdad, audiencia y contradicción.

de las partes, siendo una de sus manifestaciones ineludibles en el procedimiento arbitral la exigencia de los principios de neutralidad y consecuencia lógica un pleno desinterés objetivo con respecto del “*thema decidendi*”, donde el árbitro debe de gozar del más absoluto margen de libertad de decisión²⁴². En base a ello, el árbitro debe regirse por el principio de neutralidad objetiva.

2.4.2.2. Independencia, imparcialidad y objetividad

Es conceptualmente muy esclarecedora, para el objeto que nos ocupa, la definición que de “objetividad” desde un punto de vista subjetivo el Catedrático de Filosofía italiano Nicola Abbagnano, señalando “el carácter de la consideración que intenta ver el objeto tal y como es, prescindiendo de las preferencias y de los intereses del que los considera”²⁴³.

Un juez es objetivo cuando aplica el Derecho como objeto de su función jurisdiccional, tal cual es, prescindiendo de las preferencias y de los intereses propios. Según nuestro Tribunal Constitucional, la objetividad en la aplicación del Derecho es la defensa del interés público como parte sustancial del derecho constitucional a un juicio justo, directamente relacionado con los principios del Estado de Derecho y en los valores de libertad y justicia que se encuentran recogido en el artículo 1.1 de nuestra Constitución.

Nuestro Tribunal Constitucional equipara más el concepto de “objetividad jurídica” con el concepto de independencia como función del Poder Judicial, “(...) pues su estricta sujeción a la Ley, en este caso, a la Ley procesal, garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen, Sentencia, de 3 de junio de 2002, luego un juez debe ser objetivamente imparcial (Independiente e imparcial) para con ello proteger el derecho a igualdad procesal de las partes (neutral)”²⁴⁴.

²⁴² Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 63/2014, de 13 de noviembre; 20/2014, de 28 de enero; 22/2017 de 23 de marzo.

²⁴³ Abbagnano, N. *Diccionario de Filosofía*, 2º ed. Trad. Galleti, A Méjico, 1974.

²⁴⁴ Como señala “a sensu contrario” la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio del 2002, “(...) perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, (...)”

2.4.2.3. Arbitrariedad, discrecionalidad e irracionalidad

Otros de los términos que en no pocas ocasiones entran en conflicto con la independencia e imparcialidad, son los términos de arbitrariedad y discrecionalidad del juez, por lo que es preciso matizar sus límites conceptuales.

La resolución de un conflicto como actividad jurisdiccional es un acto personalísimo. Impartir justicia es un acto humano no de leyes. Tal y como afirma Nieto García, es obras de hombres²⁴⁵. El ordenamiento jurídico en muchos casos permite al órgano jurisdiccional optar entre varias soluciones, baste como ejemplo el artículo 1124.3 del Código Civil²⁴⁶.

La discrecionalidad como concepto jurídico se ha abordado por la doctrina desde una doble perspectiva conceptual. Con referencia a la actividad administrativa, teniendo como eje el concepto de “control jurisdiccional” de la Administración, su determinación y forma de ejercicio. En referencia a la función jurisdiccional, el debate sobre la discrecionalidad judicial gira alrededor del concepto de libertad. Afirma la profesora Lifante Vidal al respecto que podemos definir la discrecionalidad judicial como la libertad que tiene un órgano jurisdiccional en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones, aportando un elemento limitativo de dicha libertad, ya que no es una libertad absoluta, sus límites vendrán establecidos por el ordenamiento jurídico²⁴⁷. En definitiva el margen de libertad que la ley otorga al juez a la hora de adoptar sus decisiones o la libertad de decisión consecuencia de la natural indeterminación de la ley como premisa general, a la hora de aplicarla al caso concreto es el límite a su discrecionalidad.

Para la RAE, “arbitrariedad” es “el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe expresamente la existencia de resoluciones judiciales basadas en el capricho y voluntad personal del juez, tal interdicción ha venido reiteradamente puesta de manifiesta por nuestro Tribunal Constitucional²⁴⁸, trayendo a título de ejemplo por su importancia la Sentencia, de 2 de marzo de 1990, “(...) en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple tanto con la finalidad

²⁴⁵ Nieto-García, A. El arbitrio judicial. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2000

²⁴⁶ Artículo 1124.3 del Código Civil. “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.”

²⁴⁷ Lifante Vidal, I. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº25, 2002, p. 413-439

²⁴⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional, 116/1986, fundamento jurídico 3.º; 13/1987, fundamento jurídico 3.º; 174/1987, fundamento jurídico 2.º; y 211/1988, fundamento jurídico 4.º

de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento (...). Esta exigencia constitucional, de motivar las sentencia, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 de la Constitución y formando parte esencia del principio del Estado Democrático, según tiene reconocido el Tribunal Constitucional entre otras, en la Sentencia, de 29 de mayo 2001, en la que destaca que “esta exigencia constitucional entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tienen la Ley y la Constitución”. De este modo, se está argumentando la constitucionalidad de “discrecionalidad judicial”, siempre y cuando las resoluciones judiciales estén debidamente motivadas en Derecho, como argumento contrario a la existencia de la arbitrariedad, que queda totalmente prohibida y excluida, “(...) si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho.”

La exigencia de unas sentencias que excluyeran de todo punto la arbitrariedad e irracionalidad del criterio judicial , quedaría integrada en la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de septiembre de 1995 “Es cierto, como recuerdan los recurrentes, que la jurisprudencia constitucional ha precisado que una aplicación de la legalidad que fuese arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable», “no podría considerarse fundada en Derecho y sería lesiva del derecho a la tutela judicial “ Equiparando el concepto de “aplicación de la legalidad” como contraposición a la “arbitrariedad”, evidenciando que, una correcta aplicación de la discrecionalidad como juicio jurídicamente racional, es perfectamente compatible con el principio de tutela judicial efectiva y con el artículo 120.3 de la Constitución, ya que, como dice la Sentencia, de 11 de agosto 2000, “(...) motivar sus resoluciones es una exigencia implícita en el art. 24.1 CE, que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto constitucional

en relación con el art. 120.3 CE, pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado (...)” .

Con la obligación, para el juez, de motivar el fallo, el ordenamiento jurídico consigue dos fines fundamentales, i) que el fallo sea una decisión razonada en derecho; ii) que se posibilite el control jurisdiccional del fallo a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento. Estas dos consecuencias de la motivación vienen establecidas en doctrina constante de nuestro TC como, entre otras muchas, la Sentencia 24/1990, de 2 de marzo, al señalar “(...) Con ello se cumple tanto con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento”.

La discrecionalidad de juez no es, como hemos argumentado ya, absoluta, sino relativa, en definitiva, su campo de actuación queda limitado por el propio ordenamiento jurídico. La discrecionalidad judicial, así concebida, no está, en contradicción con los principios de independencia e imparcialidad, debido a que ambos principios preservan las decisiones judiciales de influencias extrañas y distorsionadas, tanto del entorno sociopolítico del juez (independencia) o el entorno de un procedimiento concreto, la partes y el propio procedimiento (imparcialidad). Así, independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho haciéndolo movido por razones que única y exclusivamente le suministra el Derecho. En definitiva, un juez discrecional es independiente e imparcial cuando esa discrecionalidad se encuentra constreñida por el ordenamiento jurídico.

Como ciudadanos, no sólo tenemos derecho a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad y razonabilidad de las razones en que se fundan las sentencias, tal y como el Tribunal Constitucional entiende en su Sentencia, de 3 de junio de 2002, “De ahí que la imparcialidad objetiva del Juez penal resulta sin duda una garantía esencial y debida del proceso penal justo. El Juez debe garantizar que el órgano judicial ha actuado de forma que se excluya toda duda legítima sobre su neutralidad. Hemos tenido ocasión de afirmar que en esta materia las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos”.

Pese a ser términos antagónicos, en ocasiones, incluso en el lenguaje jurídico confundimos ambos conceptos, por representar ambos el ejercicio de una voluntad, confusión que se produce si se despoja al término discrecional de su matiz ético alejándose de la debida objetividad que debe presidir todo proceso jurisdiccional.

2.4.3. Régimen especial de la independencia e imparcialidad en el arbitraje

La potestad de los árbitros para dirimir un conflicto, al contrario que la del juez, no proviene del poder estatal, nace de la potestad que otorga el ordenamiento jurídico a las partes para excluir a la jurisdicción ordinaria en la decisión sobre sus controversias fruto de su autonomía de la voluntad²⁴⁹. Es una potestad limitada en el tiempo y para una determinada controversia. El árbitro en el ejercicio de la potestad otorgada por las partes en conflicto no ejerce una potestad emanada del Estado, sino una potestad ejercida por las partes, reconocida en el artículo 10 de la Constitución. Esto determina que la independencia arbitral no es absoluta, como la del juez, sino relativa. Solo podrá predicarse la independencia del árbitro con respecto a una controversia determinada y sus circunstancias, en base a su derecho de libre disposición.

Este régimen diferenciado entre el juez y el árbitro con respecto a los principios de independencia e imparcialidad queda asumido y establecido legalmente en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003²⁵⁰, al contrario de lo que hacían sus antecesoras de 1988 y 1953.

Por todo ello, la conceptualización realizada por la jurisprudencia de la obligación del árbitro de permanecer independiente difiere con respecto a la judicial. En vía constitucional podemos señalar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2005²⁵¹. En vía ordinaria destacaríamos, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio, “han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción” El Tribunal Constitucional una vez más califica a la autonomía de la voluntad como principio rector del procedimiento arbitral, del cual deriva la potestad de árbitro para resolver el conflicto.

²⁵⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003. “Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”

²⁵¹ 5. El mismo pronunciamiento desestimatorio merecen las pretensiones que se formulan invocando la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE). Es

Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2008²⁵², que no definen la independencia arbitral como dependencia orgánica, propia de la independencia judicial, como forma de ejercer la potestad estatal de juzgar y especialmente hacer ejecutar lo juzgado. En consecuencia la independencia del árbitro sería solo y exclusivamente apreciable, por tanto, a partir de las relaciones con las partes.

La propia configuración legal del árbitro imprime a su independencia características propias. La independencia del árbitro tiene una extensión relativa, ya que al contrario que la judicial que es absoluta y abarca toda la potestad del juez, presente, futura y para todo tipo de procesos, la del árbitro tan solo se circunscribe materialmente a la controversia sometida y temporalmente mientras que dure esta. La inaplicabilidad al arbitraje de la predeterminación legal del árbitro, ya que esta depende de la voluntad de las partes tiene importantes consecuencias con respecto al proceso de recusación del árbitro entre otros ámbitos donde la confianza del árbitro adquiere unos matices específicos a la hora de admitir el nombramiento o rechazo del árbitro. Por otro lado, al no estar el árbitro incorporado jerárquicamente en el poder judicial, ni existir en el arbitraje el derecho legal al recurso, la independencia del árbitro solo es predicable exclusivamente en su vertiente externa, al contrario que el juez que debe ser, como hemos visto, independiente funcional y orgánicamente (independencia interna).

Pero no sólo existen diferencias en el origen de su función, existen importantes diferencias en la forma de ejercer dicha función entre jueces y árbitros. Como ya hemos dicho, el árbitro no forma parte del poder judicial. El Tribunal Constitucional conceptúa al árbitro como un particular con características especiales, en este sentido se manifiesta en su Auto de 20 de julio de 1993. El árbitro aparece como un particular que ejerce una función pública como puede ser un notario, el capitán del buque mercante o el párroco²⁵³.

indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados.

²⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2008. “Como ha señalado esta misma Sección en la sentencia de fecha 13 de junio de 2007 “Generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes.””

²⁵³ Auto de Tribunal Constitucional 259/1993 de 20 de julio.” Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de imperium, y del

Frente al juez que se encuentra investido por una potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es un tercero investido de una función pública reconocida como tal por el ordenamiento jurídico que, en base al mismo y a la libertad de las partes, ha sido encomendado para dirimir un conflicto de forma imparcial y definitiva. Al caracterizar al árbitro como un particular investido que ejerce una función pública, conceptualmente se posiciona al fuera de la protección del Estatuto Judicial. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia, de 2 de junio de 2016, señala asumiendo todo lo anterior, que “... la imparcialidad del árbitro es una de las garantías necesarias para la realización del arbitraje”, y a continuación pone de manifiesto al respecto de la distinción entre la función judicial y el procedimiento arbitral que “a diferencia de los miembros del poder judicial, que llevan ínsita la característica de imparcialidad por su sistema de nombramiento y por su sujeción a un estricto régimen de incompatibilidades y prohibiciones” El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pone de manifiesto que el Estatuto del juez establece un conjunto de garantías para mantener al juez imparcial. En cambio, el ejercicio profesional del árbitro, tal y como la califica el Tribunal Constitucional, es una actividad económica privada a la cual el ordenamiento jurídico le otorga la función pública de resolución de controversias otorgándole a la misma unos efectos equivalentes a las decisiones judiciales, cosa juzgada y la ejecutoriedad del laudo. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias es mucho más explícito en su Fundamento Jurídico Sexto, calificando los “... árbitros como profesionales liberales,”

Dichos conceptos son asumidos también por las regulaciones profesionales. El Código de Buenas Prácticas del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA)²⁵⁴ de 2019, en su Recomendación 70, dentro de la Sección Tercera bajo la rúbrica de “deberes de los árbitros” señala al respecto que “las cualidades de imparcialidad e independencia exigen

«árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987).”

²⁵⁴ Desde 2023 Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (CEIA)

el árbitro tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función sin favoritismo hacia ninguna de las partes y que el árbitro mantenga una distancia objetiva frente a las partes, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje”.

Las palabras del profesor Fernández Rozas, nos sirven como colofón del presente epígrafe, “en un buen árbitro deben estar muy presentes dos preocupaciones esenciales: de un lado, desempeñar con profesionalidad su oficio dejando bien sentado su compromiso ético con la institución arbitral, su capacidad e integridad, al margen de otras consideraciones como conseguir ser designado continuamente como árbitro”.²⁵⁵

En definitiva podemos concluir, junto con el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia, de 9 de julio 2013, “la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse “*in casu*”, haciendo suya la doctrina constitucional mantenida, entre otras, en la Sentencia de Tribunal Constitucional, de 7 de noviembre de 1997, “comprobando la real y efectiva contaminación de la imparcialidad subjetiva y objetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática”. Las sospechas o presunciones basadas en indicios no concluyentes no serán base suficiente para deducir la falta de imparcialidad de árbitro, sino que serán las circunstancias en el caso concreto las que determinen si se ha encontrado comprometida la imparcialidad de la Corte o del árbitro.

2.4.4. La naturaleza jurídica bifronte de los principios-deberes de independencia e imparcialidad. Juego funcional de los artículos 17 y 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

La independencia e imparcialidad del árbitro, tal y como hemos argumentado anteriormente, tienen dos derivadas en el arbitraje. Una con respecto a su función heterocompositiva de conflictos, incluida en los principios del artículo 24 de la Ley de Arbitraje, que formaría, como ya hemos dicho en su momento, parte de los criterios de homologabilidad del arbitraje como medio heterocompositivo de solución de conflictos, donde se encontraría implicado el orden público procesal. Y otra segunda derivada como parte del contenido obligacional del contrato de arbitro, vía artículo 17 de la Ley de arbitraje. La Exposición de Motivos configura, por un lado, como hemos argumentado ya

²⁵⁵ González Soria, J., “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Revista de arbitraje comercial y de inversión*, vol VI, nº3, 2013, p. 800

la independencia e imparcialidad del árbitro como parte de los principios rectores del procedimiento arbitral, vía principio de igualdad,²⁵⁶ dentro del título V, dedicado al procedimiento arbitral, al arbitraje como procedimiento heterocompositivo de resolución de controversias.

La Ley 60/2003 de Arbitraje distingue ambos planos dentro de su sistemática. El ámbito contractual, ubicado en el artículo 17, dentro del título III²⁵⁷ dedicado “a los árbitros”, de la Ley 60/2003, que establece “debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”. En cambio, ubica sistemáticamente el principio de igualdad, del cual forman parte como principios procedimentales la independencia y la imparcialidad, en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje, dentro del título V bajo la rúbrica “De la sustantación de las actuaciones arbitrales”, o, lo que es lo mismo, principios esenciales del procedimiento. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje establece una garantía legal para preservar el derecho de las partes a un árbitro independiente e imparcial, el deber de revelación, “garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia”.

Esto es consecuencia directa del hecho por el cual el arbitraje comparte con la jurisdicción la función declarativa y ambos sistemas deben responder a unos mínimos de homologabilidad constitucional. Para que esto sea así, el procedimiento arbitral tiene que estar estructurado sobre los mismos principios esenciales que el proceso jurisdiccional²⁵⁸.

2.4.4.1. Los principios del procedimiento arbitral como garantías fundamentales del procedimiento arbitral

La Ley de Arbitraje en su artículo 24.1, establece las garantías fundamentales del procedimiento arbitral, principio de igualdad, audiencia y contradicción, como estándares mínimos de homologación del arbitraje y el proceso judicial. El principio de igualdad anclado constitucionalmente a los artículos 14 y 24.1 de la CE y los principios de audiencia y contradicción los unifica bajo la expresión de la Ley de Arbitraje de “dar a

²⁵⁶ Artículo 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

²⁵⁷ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. “El título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros.”

²⁵⁸ Cortes Domínguez, V., “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales”, De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S., coords., en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 422.

cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”, que tendría relación directa con el principio constitucional de tutela efectiva²⁵⁹.

La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje no es un principio absoluto sino relativo, ya que la función autoorganizativa del procedimiento por parte de las partes está limitada por los principios fundamentales del procedimiento, en especial el de igualdad.²⁶⁰ De este modo adquiere una función, no sólo limitadora, sino además supletoria de la voluntad de las partes en aquellos aspectos del procedimiento arbitral que no hayan quedados suficientemente desarrollados²⁶¹.

La doctrina es unánime en señalar que los principios de independencia e imparcialidad, en el procedimiento arbitral, en su vertiente de orden público, se encuentran englobados en el principio de igualdad, principio que garantizará que las partes cuenten con las mismas oportunidades de defensa²⁶².

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias, de 26 de diciembre de 1998, y de 17 de septiembre de 2001, configura al principio de igualdad como igualdad de armas. Esta igualdad de armas supone que todas las partes procedimentales tengan los idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, lo cual no implica que una de las partes tenga más extremos que probar. Es el árbitro, con su proceder independiente e imparcial, quien velará por el cumplimiento del principio de igualdad, como acertadamente señalaba la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de noviembre del 2000. Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia, de 13 de noviembre de 2018, asumiendo la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional manifestada en su Sentencia 9/2005, afirma rotundamente que “es indudable que quienes

²⁵⁹ Cortes Domínguez, V., *Comentarios...*, op. cit, p. 423

²⁶⁰ Tomás Martínez, G., “Comentarios al artículo 24” en coordinador Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, LA LEY grupo Walter Kluber, Madrid, 2013, p. 614

²⁶¹ En este sentido se manifiesta Díez-Picazo Ponce de León, I., “Comentarios al artículo 24”, coordinador González Soria, J., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, p. 370.

²⁶² Cortes Domínguez, V., *Comentarios...*, op. cit, p. 429; Tomas Martínez, G., *Comentarios...*, op. cit, p. 616; Díez-Picazo Ponce de León, I., ... *Comentarios...*, op. cit, p.375; Cainzos, J.A., “Comentarios al artículo 24” en coordinador González-Bueno, Carlos, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 447; Barona Vilar, S., “Comentarios al Artículo 24”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Civitas. Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1124. Chocrón Giráldez, A.M., *Los principios procesales en el arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 77.

someten sus controversias a arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro”.

2.4.4.2. La independencia e imparcialidad del árbitro como deberes contractuales en el marco del contrato arbitral

La doctrina y la jurisprudencia, paulatinamente, han ido abandonado las posiciones eminentemente procesalistas basadas en la equivalencia jurisdiccional, que anclaban constitucionalmente al arbitraje en el artículo 24 de la Constitución, a posiciones más contractualistas, que relacionan al arbitraje con el concepto de libertad personal consagrado en el artículo 10 de la Constitución, siendo este el criterio actual mantenido por el Tribunal Constitucional, recalando que la esencia del arbitraje viene conformada por el principio de autonomía de la voluntad²⁶³. El propio Tribunal Constitucional, que fue el acuñó el término “equivalente jurisdiccional”, ha reelaborado el concepto limitándolo exclusivamente a los efectos del laudo²⁶⁴. En definitiva, el arbitraje es un contrato con efectos jurisdiccionales, ejecutoriedad y cosa juzgada.

El artículo 11 de la Ley de Arbitraje, puesto en relación con el artículo 1089 de Código Civil, pone de relieve el marcado carácter contractual del arbitraje. El convenio arbitral, obliga a las partes a pasar por el contenido del laudo, cuestión que como señala el profesor Guasp, diferencia sustancialmente al laudo de la sentencia, la cual es obligatoria per se. Esta es la interpretación mayoritaria y constante de nuestro Tribunal Supremo²⁶⁵, siendo su exponente principal la Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009, conocida por la doctrina por “USA Sogo”²⁶⁶.

²⁶³ Burgos Ladrón de Guevara, J. “Aproximación la nueva Ley 60/2003 de Arbitraje”, *Revista La Ley* n° 6745, 2007

²⁶⁴ Como ejemplo traemos a colación la 17/2021, de 15 de febrero, que afirma que ““ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un ‘equivalente jurisdiccional’, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada”. Luego el Tribunal Constitucional circunscribe el término “equivalente jurisdiccional” exclusivamente a los efectos del laudo.”

²⁶⁵ Por todas, véase las SSTs de 8 de julio de 1930, 25 de mayo de 1979 y 17 de julio de 2006.

²⁶⁶ El caso “USA Sogo” trae causa de una disputa societaria entre un particular y la mercantil USA Sogo, Inc. por el incumplimiento del sometimiento expreso de la cláusula por la cual se había pactado la sumisión expresa a los tribunales de Barcelona.

La independencia y la imparcialidad del árbitro, en virtud del artículo 17 de la Ley de Arbitraje, forman parte del catálogo de deberes y obligaciones esenciales del árbitro en el marco de contrato de arbitro. La vulneración de dichos deberes arbitrales supondría un grave incumplimiento en sede contractual de la relación jurídica nacida entre el árbitro y las partes a raíz del contrato de arbitro.

Este conjunto de deberes y prohibiciones que forman parte del contrato de arbitro, siguiendo a la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 31/2023, de 19 de septiembre; i) permanecer independiente e imparcial durante todo el arbitraje; ii) abstenerse de mantener cualquier tipo de relación con la partes de carácter personal, profesional o comercial y coherente con esta prohibición; iii) la obligación de la persona propuesta como árbitro y posteriormente a su nombramiento, de revelar a las partes en conflicto de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro. El incumplimiento de dicho contenido contractual conllevaría un incumplimiento del contrato entre las partes y el árbitro, dicho incumplimiento no solo tendría efectos en sede contractual. Por la especial configuración de los deberes de independencia e imparcialidad como principios rectores del procedimiento arbitral recogidos en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje, su incumplimiento no solo llevaría aparejado una vulneración contractual como tal, sino una vulneración del orden público procesal. Por aplicación de artículo 41 f), derivaría en una anulación del laudo y con ello la repetición del procedimiento. Si tenemos presente que el tiempo tiene su valor en las transacciones comerciales, la repetición de un procedimiento arbitral puede suponer un costosísimo daño económico a las partes en conflicto. Daño que estudiaremos la posibilidad de mitigar mediante los contratos de cobertura como las operaciones de reemplazo.

En este mismo sentido, el profesor Fernández Rozas²⁶⁷, dada la configuración legal de los deberes de independencia e imparcialidad que hace la Ley de Arbitraje de 2003, llama la atención también sobre la responsabilidad contractual que incumbe al árbitro al infringir dichos deberes.

²⁶⁷ Fernández Rozas, J.C., “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversión*, vol VI, nº3, 2013. p. 812.

Por otro lado, el profesor Guasp distingue dos planos dentro del contrato de arbitraje que estarían incluidos en el término “convenio arbitral”, uno procedimental, que se desarrollaría mediante un conjunto de fases, legitimadoras de las siguientes que formarían parte del convenio de arbitraje, otro material, efecto del anterior del que traería causa, que se encontraría enraizado con el denominado “*receptun arbitri*” del Derecho romano, o lo que él denomina como “contrato de dación y recepción del arbitraje”²⁶⁸, formado por el conjunto de obligaciones entre las partes y el árbitro. En conclusión, el arbitraje es, contrato más procedimiento.²⁶⁹

En la actualidad, el contrato de arbitral ha sido definido por el profesor Gómez Jene, con clara referencia a la doctrina alemana (*Schiedsrichtervertrag*), como aquel contrato por el cual las partes pacta con el árbitro o árbitros, la prestación de un servicio consistente en resolver una disputa legal a cambio de un precio cierto²⁷⁰.

Como hemos visto, la doctrina es unánime a la hora de considerar la existencia de una relación contractual entre las partes del arbitraje y el árbitro o el tribunal arbitral. La jurisprudencia también se alinea con esta idea²⁷¹. Sin embargo, se encuentra dividida con respecto a la naturaleza jurídica de dicho contrato de arbitraje. Un sector de ella lo califica como una especialidad del contrato de mandato y otro, mayoritario en la actualidad, se inclina en pensar que nos encontramos con un contrato *sui generis*, que tiene una gran afinidad con el arrendamiento de servicios²⁷², cuestión de la que nos ocuparemos más profundamente, en el capítulo correspondiente.

²⁶⁸ Guasp Delgado, J., “*El arbitraje...*”, cit, p. 137

²⁶⁹ Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004,

²⁷⁰ Gómez Jene, M. “La responsabilidad civil del árbitro. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, nº2, 2013, pp 339-345.

²⁷¹ Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 17 de enero de 2017. El Tribunal Supremo también se alinea con la tesis contractual. Por todas, vease la Sentencia de 22 de junio de 2009, “la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes”

²⁷² Gómez Jene, M. “La responsabilidad civil del árbitro...”, op. cit., p. 338

2.4.5. Naturaleza obligacional de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro y de los deberes conexos

La obligación principal del árbitro se encuentra consagrada en el artículo 37 de la vigente Ley de Arbitraje, que se materializa en el terreno obligacional con el hecho de “cumplir fielmente con el encargo”.

Desde su perspectiva funcional, estaríamos en presencia de una obligación de resultado más que de medios. La actividad que desarrolla el árbitro no es el desarrollo de una mera actividad jurídica, sino a emitir un laudo en tiempo, forma y ejecutable sobre una determinada controversia²⁷³.

Pero junto a esta obligación típica del árbitro, nos encontramos con una serie de obligaciones mediales. El árbitro está obligado a llegar a ese resultado observando los trámites y garantías de un procedimiento legalmente establecido. Es imprescindible que el laudo, pese a ser correcto formalmente (obligación típica) cumpla con otros requisitos que completan la obligación del árbitro de cumplir “fielmente con el encargo”, tal y como obliga la Ley de Arbitraje en su artículo 21. Dichas obligaciones de medios se puede desglosar en que haya sido dictado con independencia e imparcialidad, en que se dicte en el plazo establecido por las partes o en el Reglamento de la Corte, dada la esencialidad del término en el contrato de arbitraje²⁷⁴.

En definitiva, los deberes de independencia e imparcialidad debemos entenderlos como obligaciones esenciales procedimentales y por tanto instrumentales y calificarlas jurídicamente como obligaciones de medios. Los efectos del contrato arbitral no se agotan con la mera aplicación de la ley *artis ad hoc*, sino que la prestación se agota mediante la obtención de un resultado al cual se llegará a través de un procedimiento que cumpla con todas las garantías legalmente establecidas. El arbitraje funcionalmente estaría compuesto por la decisión (laudo) y el procedimiento.

²⁷³Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4220

²⁷⁴Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4222

La doctrina arbitral²⁷⁵ más cualificada, en base a la particular naturaleza de la función arbitral, diferencia con respecto a dicha función un ámbito cuasi-jurisdiccional²⁷⁶ y no jurisdiccional²⁷⁷, encuadrando los deberes contenidos en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje dentro de la actuación no jurisdiccional, obligaciones por ello de naturaleza distinta. Dicho hecho tendrá una especial repercusión en el régimen legal aplicable a la responsabilidad, circunscribiendo la responsabilidad cualificada del artículo 21 de la Ley de Arbitraje a los incumplimientos de los deberes de naturaleza cuasi-jurisdiccional. Los deberes de naturaleza no jurisdiccional, no obstante, quedarían regulados en materia de responsabilidad común contractual regulada en los artículos 1091 y 1101 del CC²⁷⁸.

2.4.5.1. El deber instrumental²⁷⁹ de revelación como garantía legal de las partes a un árbitro independiente e imparcial

Es pacífica la doctrina que entiende de la existencia de un “*alter ego*” a las prohibiciones contenidas en la Ley de Arbitraje con referencia a la imparcialidad del árbitro. Este deber es el regulado en el artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje como la obligación de todo árbitro, tanto cuando es propuesto y acepta, como durante todo el procedimiento, de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su independencia e imparcialidad.²⁸⁰

²⁷⁵ Arias Lozano, D., “Artículo 21”, en David Arias Lozano, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 2003, Aranzadi, Zizur Menor, 2005, p. 227; Muñoz Sabaté, L., “Artículo 21” en, Martín Muñoz, A y Herrero Navarro, S., (Coord.) , *Comentarios a la Ley de Arbitraje* , Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 373

²⁷⁶ Para Gómez Jene estos deberes cuasi-jurisdiccionales serían, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (art. 9 de LA), el juicio del árbitro sobre la propia competencia (art. 22 de la LA), el juicio del árbitro sobre la arbitrariedad de la materia (art. 2 de la LA), el juicio del árbitro la admisión de pruebas (art. 25 de la LA), el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (art. 23 de la LA), el juicio de arbitro sobre la normativa aplicable al fondo de la controversias (art. 34 de la LA), y por último, el juicio del árbitro sobre la aclaración o complemento del laudo (art. 39 de la LA).

²⁷⁷ Por otro lado, para el mismo autor, lo deberes de árbitro no jurisdiccionales serian, entre otros, el deber de revelación (art. 17.2 de la LA), los deberes de independencia e imparcialidad (art. 17.1 de la LA), la obligación de nombrar al tercer árbitro (art. 15b. de la LA).

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009.

²⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2008, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2015; Sentencia de Tribunal de Justicia de Aragón de 25 de junio de 2014.

²⁸⁰ En este sentido, a modo de ejemplo, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2023.

Por la relevancia que esta cuestión con respecto a la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro debemos detenernos en establecer los perfiles básicos de dicho deber.

2.4.5.1.1. El incumplimiento por parte del árbitro del deber de revelación

El incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes, “con premura”, las circunstancias que pudieran poner en duda la independencia e imparcialidad no presupone el hecho de encontrarnos ante un árbitro parcial o dependiente. Lo esencial es analizar si la causa no revelada es suficiente para asentar la falta de independencia e imparcialidad²⁸¹. Para ello, la jurisprudencia, dada la cláusula abierta del artículo 17.3 de la Ley de Arbitraje, toma como referencia las Directrices de la *Internacional Bar Association* (IBA) sobre conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional^{282 283}.

En la designación del árbitro interviene la voluntad de las partes, estableciéndose la diferencia con el juez predeterminado por la ley. Diferencia que es la base junto a distinta potestad, pública y privada, del distinto régimen recusatorio entre jueces y árbitros.

La jurisprudencia ha unido el deber de revelación, a la hora de designar al árbitro, con el principio de igualdad, ambas partes tienen derecho a poseer la misma información a la hora del nombramiento. En esta relación se ve la trascendencia de la vulneración del deber de revelación y el orden público procesal y cuyo efecto de ello es la posible nulidad del laudo.²⁸⁴

El artículo 17.2. de la Ley de Arbitraje obliga al árbitro a revelar todas aquellas circunstancias que puedan crear a las partes dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. El deber de revelación es, para Fernández Rozas, un auténtico “seguro de vida” para el arbitraje. Su incumplimiento, por parte del árbitro, puede acarrear tres

²⁸¹ Así lo califica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 27 de octubre de 2017.

²⁸² El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus sentencias, 31/2023, de 19 de septiembre y la 46/2016, de 2 de junio, se manifiesta, al respecto, asumiendo dichas Directrices como criterio orientador o “ejemplificativo”, al ser reconocidas como *soft law* “esas Directrices carecen de valor normativo y no pueden prevalecer sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido”.

²⁸³ Nueva versión de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (febrero 2024)

²⁸⁴ Dicha cuestión ha sido tratada profusamente en las Sentencias de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 54/2014, de 24 de febrero; 13/2015, de 28 de enero; 70/2016, de 4 de noviembre; 33/2017, de 4 de mayo; 5/2019, de 15 de febrero; 28/2019, de 12 de septiembre y 31/2023, 19 de septiembre.

sanciones, la anulación del laudo, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro²⁸⁵. Es la posibilidad de una anulación del laudo la que serviría de premisa para un posible contrato de cobertura a través de una operación de reemplazo, lo que se analizara en último capítulo.

Existe un importante consenso dentro la doctrina arbitral, como hemos indicado²⁸⁶, en entender que el artículo 17 de la Ley de Arbitraje establece un conjunto de deberes legales, entre los que se encontrarían los deberes de independencia e imparcialidad y como garantía de estos el deber de revelación, tal y como lo califica el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 46/2016 de 2 de junio.

Obligaciones que adquiere el árbitro frente a las partes en virtud de relación contractual nacida del contrato de arbitro debido a la evidente configuración contractual del arbitraje. Hecho que pone de manifiesto entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 5/2019, de 15 de febrero de 2019 y 31/2023, de 19 de septiembre. El TSJ de Madrid afirma que una de las plasmaciones legales en las que el principio de igualdad²⁸⁷, recogido en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje, se plasma en la “interdicción que establece el artículo 17,1. de la Ley de Arbitraje, cuando, t afirmar que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial” junto con la obligación de revelar del artículo 17.2.

Dada la naturaleza contractual de arbitraje, las partes, una vez conocidos los hechos revelados por el árbitro, pueden, en base a su autonomía de la voluntad, no tener en cuenta dichos hechos y proceder a confirmar al árbitro.²⁸⁸ El Tribunal Supremo en sus Sentencias de 11 de febrero de 1987 y 19 de diciembre de 1990 se manifestó a favor de la naturaleza dispositiva por parte de las partes con respecto al derecho a recusar al árbitro, poniendo en relación al principio de igualdad con la teoría de los actos propios, resaltando tres circunstancias fácticas relevantes: la exigencia de un perfecto conocimiento de la causa de abstención, el hecho de que el conocimiento de dicha causa concurrían en ambas

²⁸⁵ Fernández Rozas, J.C., “Contenido ético del deber de revelación.....”, op. cit, p.812

²⁸⁶ Muñoz Sabaté, L., “Artículo 17. Motivos de abstención y recusación.”, en coordinadores De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, p.357; Gutierrez García de Cortazar, E., cit. en *Comentarios...*, p. 435; Montero Aroca, J., en *Comentarios...*, p.863; Remón, J., en *Comentarios...*, op. cit, p. 351.

²⁸⁷ Dicha cuestión ha sido tratada profusamente en las Sentencias de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 54/2014, de 24 de febrero; 13/2015, de 28 de enero; 70/2016, de 4 de noviembre; 33/2017, de 4 de mayo; 5/2019, de 15 de febrero; 28/2019, de 12 de septiembre y 31/2023, 19 de septiembre.

²⁸⁸ Santos Vijande, J., “El número impar y la imparcialidad como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2010, p. 10.

partes una causa subjetiva como la amistad. En opinión del Supremo, este hecho, no afecta la imparcialidad “pro futuro”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 19 de julio de 2016, establece la estrecha relación que en el arbitraje existe entre el principio de igualdad y la autonomía de la voluntad, recalcando la función limitadora que el principio de igualdad tiene sobre la libertad contractual,²⁸⁹ y que reitera, en el mismo sentido, con posterioridad²⁹⁰.

El artículo 17.2. de Ley de Arbitraje exige al árbitro propuesto, y a partir de su nombramiento, la obligación de “revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad”. La Ley es muy precisa con respecto a la duración temporal de dicha obligación, ya que la misma, no se circunscribe exclusivamente al momento del nombramiento, sino continuará vigente durante todo el procedimiento.

Resulta uniforme la doctrina al respecto del resto de los Tribunales Superiores de Justicia. Un ejemplo de ello lo tendríamos, en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en su Sentencia de 15 de julio de 2003, establece también la obligación que tiene el árbitro de procurar un clima de neutralidad e imparcialidad en el procedimiento arbitral, relacionando, todo ello, con la entidad e importancia de las circunstancias a revelar.

El deber de revelación está ampliamente reconocido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y en los reglamentos de las instituciones arbitrales²⁹¹. En la cúspide de la pirámide está, permeabilizando todos los ordenamientos jurídicos armonizados en materia de arbitraje, el artículo 12 1º de la Ley Modelo, que dispone que : “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.”

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2016. “Coherente con las exigencias constitucionales reseñadas es que la Ley prevea el respeto al principio de igualdad como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de árbitros y de entidades administradoras del arbitraje.”

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019

²⁹¹ González Soria, J., “Contenido ético (...)”, op. cit., p.809.

En definitiva, tanto la jurisprudencia como la doctrina han configurado al “deber de revelación” como una obligación legal para el árbitro que trasciende de la esfera de lo contractual, convirtiéndose en un auténtico principio ordenador del procedimiento arbitral, siendo preciso determinar a continuación el contenido de la información a revelar por parte del árbitro.

2.4.5.1.2. Estándares de los conflictos de intereses a revelar. ¿Qué revelar?

La Ley de Arbitraje no establece unos criterios objetivos sobre el deber de revelación, tan solo establece que el deber de revelación debe consistir en todo aquello que cree en las partes “dudas justificadas” sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Su Exposición de Motivos, haciendo ver la diferencia entre el juez y el árbitro, señala, “Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”. Por eso opta por una cláusula abierta, distinta de la redacción utilizada en el artículo 219 de LOPJ al referirse al juez ordinario. Los Tribunales Superiores de Justicia²⁹², que desde la reforma de ley de arbitraje de 2011²⁹³, han asumido los procesos de anulación de los laudos, son unánimes en entender que el concepto de “dudas justificadas” se debe entender dentro de los hechos concretos a enjuiciar “*in casu*”²⁹⁴, tanto considerados individualmente como en su conjunto²⁹⁵. El

²⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de abril de 2018, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 3 de abril de 2018, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2015, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de enero de 2017, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2015, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de octubre de 2017, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 marzo de 2017, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de septiembre de 2014, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de julio de 2016, STSJ de Madrid de 14 de abril de 2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de mayo de 2017, STSJ de Madrid de 16 de julio de 2013, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de septiembre de 2015, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de septiembre de 2015.

²⁹³ Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

²⁹⁴ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de julio de 2013; 28 de enero de 2013 y 15 de febrero de 2019, en el mismo sentido se manifiesta el Constitucional en su Sentencia 247/2007, de 22 de diciembre.

²⁹⁵ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de julio de 2003. “ya que el mentado demandante pretende cuestionar la falta de independencia e imparcialidad subjetiva del árbitro que dictó el Laudo en una serie de datos que no tienen ninguna relevancia, como son las basadas en unas relaciones personales y profesionales carentes de entidad para estimar la falta de imparcialidad.”

mero “*iudex suspectus*, que se produce cuando concurren determinadas circunstancias de hecho que crean en la parte mero temor de existencia de peligro de imparcialidad²⁹⁶, no determinaran una vulneración de la independencia e imparcialidad.

En conclusión, tal y como señala el profesor González Soria, “los “conflictos de intereses” en el arbitraje surgen de “(...) un hecho o de una circunstancia en las que las personas que están en la posición de decidir un caso tienen un interés material derivado de una relación con la parte que le ha propuesto, que cuestiona su independencia”²⁹⁷. Dicho hecho por sí mismo determinará una vulneración de la independencia del árbitro. Dicha vulneración no puede entenderse aisladamente, dependerá del conjunto de circunstancias que la rodeen. Esta ponderación corresponde, en primera instancia a las partes, mediante la recusación del árbitro y posteriormente al juez mediante la acción de anulación del laudo. La cual conllevará, en caso de fructificar, en una sentencia constitutiva de la nulidad de todo o parte de lo actuado.

A falta de criterios objetivos legales, los Tribunales Superiores de Justicia²⁹⁸ han tomado como criterios, meramente orientativos, las Directrices de la *Internacional Bar Association* (IBA)²⁹⁹ sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014. Dichas Directrices no se encuentran incluidas en ningún convenio internacional firmado por España, luego no son *hardlaw* sino *softlaw*.³⁰⁰ Estos criterios orientadores señalan distintas situaciones objetivas que deben ser reveladas, calificándolas en base la principio “*nemo iudex in causa propria*” como renunciables e irrenunciables. Las Directrices según su importancia le asignan una serie de colores dependiendo de la gravedad de su transgresión colores rojo, naranja y verde. La base de esta clasificación radica, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2023, en el principio “*nemo iudex en causa propria*”, que serían causas irrenunciables por

²⁹⁶ Pizarro Moreno, E., “Evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 25, 2010, p.25

²⁹⁷ González Soria, J., “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Revista de arbitraje comercial y de inversión*, vol. VI, nº3, 2013, p. 807

²⁹⁸ Por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 2019.

²⁹⁹ *Internacional Bar Association*. Es una organización internacional compuesta por operadores jurídicos, colegios profesionales de abogados y asociaciones de derecho de diferentes nacionalidades.

³⁰⁰ *Hard law/soft law*. El término *soft law* se usa para denotar acuerdos, principios y declaraciones que no son legalmente vinculantes. Los instrumentos de derecho blando se encuentran predominantemente en el ámbito internacional. Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU son un ejemplo de ley blanda. *Hard law* se refiere generalmente a obligaciones legales que son vinculantes para las partes involucradas y que pueden hacerse cumplir legalmente ante un tribunal.

las partes, y otras que, una vez comunicadas, igual que las anteriores, las partes tendrían un mayor margen discrecional con respecto a su dispensa, debiendo constar dicha dispensa de manera explícita. Dichas situaciones son aplicables tanto a árbitros como a instituciones arbitrales.

2.4.5.1.3. ¿Cuándo revelar?

Como ya hemos adelantado la jurisprudencia menor relativa al deber de revelación, tanto de las Audiencias Provinciales³⁰¹ hasta 2011, y posteriormente de los Tribunales Superiores de Justicia, es contante en entender que, la exigencia de revelación es indeclinable para el árbitro. Dicha obligación se entiende que tiene una vigencia temporal. No se circunscribe al momento del nombramiento y posterior aceptación por parte del árbitro, sino durante todo el procedimiento arbitral, debiendo mantener, en todo momento, las partes con el árbitro la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia.³⁰²

El artículo 18 de la Ley de Arbitraje, en referencia al procedimiento de recusación del árbitro, precisa que las partes en caso de falta de acuerdo sobre dicho plazo tendrán quince días para recusar al árbitro. Ello es consecuencia de la aplicación del principio rector del arbitraje, la autonomía de la voluntad, el propio artículo 18 establece que las partes podrán libremente acordar el procedimiento de recusación, estableciendo libremente el plazo de ejercicio de la recusación del árbitro.

Sin embargo, con respecto al deber de revelación del árbitro la Ley de Arbitraje, no establece plazo alguno, utilizando la expresión “sin demora”, refiriéndose a la ausencia de dilaciones indebidas al respecto.

En definitiva, el deber de revelación del árbitro es de tal trascendencia que el propio Tribunal de Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado al respecto anclando dicho deber de revelación con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁰³

³⁰¹ Por todas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2008

³⁰² Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 junio de 2016; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de abril de 2018; Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero 2019.

³⁰³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de mayo de 2021, asunto Beg S.P. vs Italia

3. Efectos jurídicos de la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro

Tal y como hemos dicho, los efectos de la vulneración por parte del árbitro de las garantías de independencia e imparcialidad tendrían dos efectos principales. Por un lado, y dada la configuración contractual del arbitraje, dichas garantías formarían parte del conjunto de obligaciones derivadas del contrato arbitral, por lo tanto, sería un incumplimiento contractual que conllevaría el nacimiento de una responsabilidad del árbitro ex artículo 1001 del Código Civil. Por otro lado, y dada la especial función del árbitro junto a una función derivada de sus compromisos contractuales tendríamos lo que la doctrina ha venido en denominar función cuasi-jurisdiccional³⁰⁴. Un segundo efecto vendría determinado por aplicación del artículo 41 f de la Ley de Arbitraje y al quedar vulnerado el orden público procesal, teniendo como consecuencia la nulidad total del laudo.

Ambos aspectos serán esenciales en el desenlace de este trabajo. La nulidad del laudo que abocaría a las partes a una repetición del proceso arbitral y en consecuencia una dilación de la ejecución del contrato. Dilación que en el caso de un contrato mercantil será crítica dada la naturaleza de este tipo de contratos. Esta situación es provocada por un incumplimiento contractual del árbitro haciendo nacer la responsabilidad del mismo sobre los daños y perjuicios sufridos por las partes en sede del contrato principal. A continuación, estableceremos los perfiles básicos de la responsabilidad del árbitro, para identificar el nexo causal producido en el contrato principal debidos o acaecidos a consecuencia de la nulidad de laudo por vulneración de las obligaciones derivadas del contrato arbitral entre partes y árbitro o árbitros.

³⁰⁴ Gómez Jene, M., “La Responsabilidad de Árbitro: Cuestiones de Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 2, vol. 5 2013, p. 335-349

3.1. La responsabilidad negocial derivada del incumplimiento del contrato arbitral

3.1.1. Notas básicas sobre el concepto de contrato arbitral

Dada la opción que tomaremos, consistente en reconocer la existencia de una responsabilidad contractual general, común al ámbito del convenio arbitral y del contrato principal, gracias a la conectividad contractual existente entre ambos, entendemos de interés volver a perfilar los contornos materiales y funcionales del contrato de arbitraje y el contrato arbitral incluidos bajo el término convenio arbitral.

Dentro de la concepción unitaria del convenio arbitral, que establece la Ley de Arbitraje de 2003, nos encontraríamos con el contrato arbitral. El profesor Gómez Jene lo define como un contrato “sui generis”³⁰⁵, dada su doble configuración de la función arbitral casi-jurisdiccional y negocial. El convenio sería un contrato procedimental, compuesto de un contrato al cual se encuentra sustancialmente unido un contrato y un procedimiento. Procedimiento establecido por las partes en el propio convenio³⁰⁶, arbitraje *ad hoc*, consagrado en artículo 25.1 de la Ley de Arbitraje, o en referencia a lo establecido al respecto en los reglamentos arbitrales de las instituciones arbitrales de su elección.

Luego nos encontramos básicamente con dos negocios jurídicos distintos dentro del concepto convenio arbitral. Uno por el cual las partes deciden someter sus disputas a arbitraje excluyendo de dicho conocimiento a la jurisdicción ordinaria, siguiendo un procedimiento por ellos establecido o remitiéndose, al respecto, al Reglamento de una Corte de arbitraje. Otro por el cual, las partes en conflicto pactan con el árbitro la prestación de un servicio consistente en resolver una disputa legal a cambio de un precio cierto³⁰⁷. La doctrina alemana lo denomina como “Schiedsrichtervertrag”. El Derecho

³⁰⁵ Esta calificación fue establecida por jurisprudencia alemana del Tribunal Supremo alemán en 1953. Díez-Picazo introduce dicha calificación en la doctrina española en su obra *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona 1957, p. 259

³⁰⁶ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de diciembre de 2023 con respecto a la potestad de autorregulación de las partes con respecto al procedimiento arbitral señala: “el procedimiento arbitral, tal como está regulado en la vigente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, goza, a diferencia, en general, del procedimiento judicial, de una mayor flexibilidad procesal en su desarrollo, fruto, sin duda de que hunde su esencia en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, lo que lleva a establecer en el art. 25.1 LA: “Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar en sus actuaciones.”

³⁰⁷ Gómez Jene, M., “La Responsabilidad de Árbitro: Cuestiones de Derecho Internacional Privado.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 2, vol. 5 2013, p. 335-349

Romano lo nominó con la expresión clásica de contra de dación y recepción de árbitro. Para nosotros, asumiendo la doctrina francesa, “contrato de arbitraje”.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto y dado el desenvolvimiento dinámico, en palabra del profesor De Benito³⁰⁸, del convenio arbitral, el árbitro adquiere una naturaleza híbrida, por un lado y dada la función cuasi-judicial, de cuasi-juez, potestad de *iurisdictio* otorgada por las partes y la ley. De otro, la negocial de prestador de servicios. Esta distinción es capital a la hora de determinar la responsabilidad, contractual general ex artículo 1101 del Código Civil o la cualificada del artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

La función del árbitro no es simplemente laudar, prestación principal típica, es además el desarrollo adecuado de un procedimiento y que deberá observar todos los deberes contractuales y legales que le son exigibles³⁰⁹. Entre estos deberes legales, por aplicación del artículo 17 de la Ley de Arbitraje, estarían los de independencia e imparcialidad y revelación.

3.1.2. Responsabilidad negocial de los árbitros

Todo daño injusto que cause un perjuicio trae aparejada responsabilidad. Principio básico y pacífico en la actualidad. Esta obligación de responder de los daños ocasionados por un actuar o, no actuar nuestro Código Civil la califica de distinta manera dependiendo el origen de la misma. Si dicha acción u omisión antijurídica y dañosa tiene su origen en el marco de una relación contractual, estaremos hablando de una responsabilidad contractual, regulada en el artículo 1101 del Código Civil, y extracontractual en el caso contrario, regulada en el artículo 1902 de dicho cuerpo legal.³¹⁰

³⁰⁸ De Benito Llopis-Llombart, M., *El Convenio Arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

³⁰⁹ Rivero Fernández, F., “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4221

³¹⁰ Al respecto, entre otras muchas, ponemos de relieve lo dicho por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de julio de 1969: “hay responsabilidad contractual si se cumple un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es materia estrictamente del contrato. En cambio la responsabilidad es extracontractual cuando con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta dimanante o, de la regla general *alterum non laedere*.” En el mismo sentido el Tribunal Supremo se manifiesta en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008.

Como no podía ser de otra forma la jurisprudencia ha calificado la responsabilidad del árbitro con respecto a sus deberes contractuales de contractual.³¹¹

No sólo el árbitro responde de daño producido por su actuar antijurídico, las Cortes de arbitraje también serán responsables por los daños y perjuicios causados en la gestión y administración de arbitraje por aplicación del artículo 21 de la Ley de Arbitraje. No obstante, nos vamos a centrar en nuestro análisis en la responsabilidad de los árbitros como parte esencial del contrato arbitral.

Para el profeso González-Soria y Moreno de la Santa³¹², los árbitros en el ejercicio de sus funciones pueden incurrir en diferentes responsabilidades pudiendo hablar de una responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria, emanada de la normativa deontológica y disciplinaria de los Colegios profesionales, responsabilidad extracontractual, responsabilidad contractual y responsabilidad administrativa. Será la responsabilidad civil derivada de un incumplimiento contractual la que demos poner en el centro objeto de nuestro estudio.

La responsabilidad de los árbitros con terceros perjudicados por su actuar se configura como extrapatrimonial o extracontractual si tomamos como base legal el artículo 1902 del Código Civil. Sin embargo, la responsabilidad del árbitro con respecto a las partes del arbitraje nace del contrato arbitral y tiene su fundamento legal general en el artículo 1101 del Código Civil y de manera especial en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, que establece un estándar concreto y especial basado en conductas dolosas o negligentes graves del árbitro.

El estándar cualificado de responsabilidad³¹³ que se establece en el artículo 21 Ley de Arbitraje se regula para la protección del árbitro en el ejercicio de su función (la intencionalidad dañina)³¹⁴. Dicho estándar cualificado³¹⁵ lo debemos considerar como de

³¹¹ Esta línea conceptual de la doctrina jurisprudencial la podemos encontrar en las sentencias del Tribunal Supremo por reiterada a modo de ejemplo, de 15 de febrero de 2017 o, de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 24 de septiembre de 2020.

³¹² En este sentido, ver González-Soria y Moreno de la Santa, J, “La responsabilidad de los árbitros”, *Revista de Derecho UNED*, n.º. 17, 2015, p. 885.

³¹³ La Ley de Arbitraje en su artículo 21 establece los estándares para la exigencia de la responsabilidad del árbitro en su actuación cuasi-jurisdiccional. Dichos estándares quedan establecidos de forma explícita en la mala fe, temeridad o dolo con el objetivo de promover y proteger la actividad cuasi-jurisdiccional del árbitro.

³¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1999.

³¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo 429/2009, de 22 de junio plasma de forma definitiva los requisitos para la derivación de la responsabilidad contenida en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

mínimos. La jurisprudencia ha entendido que dicha responsabilidad puede ser ampliada y cuantificada por el pacto privado de las partes dada la importancia conformadora que tiene en el arbitraje el principio de autonomía de la voluntad. Los jueces³¹⁶ son favorables a esta posibilidad, siempre y cuando suponga un endurecimiento de la imputación de la responsabilidad, pero nunca la exoneración o relajación de la misma. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico entiende que sería nula una cláusula por la cual se exonerara al árbitro de toda responsabilidad o se redujeran dichos estándares por debajo de los legalmente establecidos.

Como hemos argumentado con anterioridad, dada la particular naturaleza de la función arbitral³¹⁷, debemos diferenciar dos planos en el desenvolvimiento de dicha función³¹⁸, un plano o ámbito funcional cuasi-jurisdiccional³¹⁹ y no jurisdiccional³²⁰, Según la doctrina, los deberes contenidos en el artículo 17 de la Ley quedarían encuadrados dentro de la actuación no jurisdiccional del árbitro. Por ello, tendrían una naturaleza distinta. Dicho hecho tendrá una especial repercusión en el régimen legal aplicable a la responsabilidad, circunscribiendo la responsabilidad cualificada del artículo 21 de la Ley de Arbitraje a los incumplimientos de los deberes de naturaleza cuasi-jurisdiccional. Los deberes de naturaleza no jurisdiccional quedarían regulados en materia de responsabilidad, como

1º La existencia de una grave negligencia que comporten una infracción grave de los deberes del árbitro. Dicha infracción debe ser manifiesta.

2º Que el árbitro, en su actuar, se haya excedido de los límites de los inevitables márgenes de error.

3º La plena consciencia o dolo con la que se cometió el hecho.

4º La existencia de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o derechos del interesados.

5º La existencia del nexo causal entre la acción u omisión productoras de daño y el resultado.

6º El daño o perjuicio no debe poder ser reparado de otra forma.

³¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 307/2014, de 30 de septiembre

³¹⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2008 se manifiesta en el sentido de reconocer la especialidad de la de la función arbitral: “Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral.”

³¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009, “Antes bien, para determinar la responsabilidad del árbitro es necesario encuadrar el supuesto de responsabilidad controvertido en uno de los ámbitos de actuación del mismo: el ámbito cuasi-jurisdiccional y el ámbito no jurisdiccional.”

³¹⁹ Para Gómez Jene, como hemos dejado dicho con anterioridad, estos deberes cuasi-jurisdiccionales sería, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (art. 9 de LA), el juicio del árbitro sobre la propia competencia (art. 22 de la LA), el juicio del árbitro sobre la arbitrariedad de la materia (art. 2 de la LA), el juicio del árbitro la admisión de pruebas (art. 25 de la LA), el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (art. 23 de la LA), el juicio de arbitro sobre la normativa aplicable al fondo de la controversias (art. 34 de la LA), y por último, el juicio del árbitro sobre la aclaración o complemento del laudo (art. 39 de la LA).

³²⁰ Por otro lado, de igual forma y para el mismo autor, lo deberes de árbitro no jurisdiccionales serian, entre otros, el deber de revelación (art. 17.2 de la LA), los deberes de independencia e imparcialidad (art. 17.1 de la LA), la obligación de nombrar al tercer árbitro (art. 15b. de la LA).

hemo manifestado, por el régimen general de los artículos 1091 y 1101 del Código Civil³²¹.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el árbitro debe dictar un laudo ejecutable preservando los derechos de defensa de las partes, del incumplimiento de dichas obligaciones generales deriva su responsabilidad. Dicho régimen de responsabilidad será distinto; si el incumplimiento radica en el seno de la actividad cuasi-jurisdiccional del árbitro le será de aplicación el régimen específico del artículo 21 y se produce en el ámbito no jurisdiccional le será de aplicación el régimen general del Código Civil.

3.2. La nulidad del laudo

Otro de los efectos, que debemos tener presente en nuestro estudio, es el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad y la consecuente anulación del laudo articulada mediante la correspondiente acción de nulidad, establecida en el Título VII de la Ley de Arbitraje. Dicha acción se basaría en la causal del artículo 41 f) ya que la vulneración de dichos deberes, como hemos argumentado en su momento, conllevará una vulneración del orden público³²² procesal.³²³

El Tribunal Supremo en su, ya mencionada, Sentencia de 22 de junio de 2009, de ordinal 429/2009, reconoce para los casos de una infracción procesal, especialmente de vulneraciones que afecte a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, se exigirá la nulidad del laudo como presupuesto a la responsabilidad del árbitro.

³²¹ Audiencia Provincial de Barcelona de 1995: "... ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de "dación y recepción del arbitraje" que los árbitros responden a tenor lo dispuesto en los artículos 1091 y 1101"

³²² La Sentencia del 15 de febrero de 2021 del Tribunal Constitucional sigue una línea de continuidad respecto de sus sentencias anteriores. Establece que "el orden público se constituye por un conjunto de principios jurídicos, públicos, privados, políticos, morales y económicos. Los cuales son absolutamente obligatorios para conservar la sociedad en un pueblo. Dispone que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución. Así como otros principios esenciales indisponibles por exigencia constitucional."

³²³ Cortes Domínguez, V., *Comentarios...*, op. cit., p. 429; Tomas Martínez, G., *Comentarios...*, op. cit., p. 616; Díez-Picazo Ponce de León, I., *Comentarios...*, op. cit., p.375; Cainzos, J.A., "Comentarios al artículo 24" en coordinador González-Bueno, Carlos, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 447; Barona Vilar, S., "Comentarios al Artículo 24", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Civitas. Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1124. Chocron Giráldez, A.M., *Los principios procesales en el arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 77.

3.2.1 Naturaleza jurídica de la acción de anulación del laudo

La jurisprudencia ha venido sentando la doctrina por la cual la acción de nulidad no debe ser entendida como un recurso de apelación³²⁴. El mismo parecer es mantenido en la actualidad por los Tribunales Superiores de Justicia³²⁵. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 79/2022 se alinea con dicha doctrina, al disponer “Igualmente hemos declarado que si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley”. Por tanto, no es, ni se puede entender, como un recurso ordinario ni extraordinario, ni tampoco es una segunda instancia.³²⁶

En conclusión, la acción de anulación del laudo tendrá un contenido muy limitado, que permitirá tan solo una revisión formal del mismo, nunca del fondo de laudo, dejando a salvo la decisión del árbitro. Se tratará de un nuevo proceso, este dentro del ámbito jurisdiccional.

³²⁴ Por todas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de marzo de 2008, Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 2010.

³²⁵ Como ejemplo podemos citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 7 de diciembre de 2015, “En tal sentido, las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 y de 5 de noviembre de 2013, cuando dicen: “Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si este carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que “los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...” y de 20 de diciembre de 2023, se manifiesta en el mismo sentido

³²⁶ La Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 20 de diciembre de 2023, al respecto señala, citando la Sentencia de la misma Sala, de 5 de noviembre 2013, que: “ Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral.”

3.2.2. Competencia judicial

En la actualidad, por aplicación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, el conocimiento de los procesos de anulación recae en la Sala de lo Penal y Civil de los Tribunales superiores de Justicia del lugar donde se haya emitido el laudo.

3.2.3. Procedimiento

El artículo 42.1 de la Ley de Arbitraje establece que la acción de anulación del laudo de trámite por los cauces procesales establecidos para el juicio verbal³²⁷, al que nos remitimos.

3.2.4. Efectos del fallo de la sentencia recaída en el procedimiento de nulidad del laudo

Para la profesora Barona, el fallo de la sentencia que decide sobre la nulidad del laudo tiene una naturaleza jurídica constitutiva³²⁸ y no simplemente declarativa.³²⁹ La naturaleza constitutiva de la sentencia sobre la nulidad del laudo significa el nacimiento de una nueva situación jurídica después de la declaración judicial.³³⁰

De este modo, la sentencia de anulación destruye la situación creada por el laudo arbitral dando lugar a una nueva situación.

Esta nueva situación, para el caso concreto de la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad, supondría la retroacción de todo lo actuado y el inicio de un nuevo procedimiento arbitral entre las mismas partes y con el mismo objeto. Junto con los anteriores tendríamos los casos en los que no será posible el inicio de un nuevo procedimiento arbitral ya que la nulidad del laudo se basa, por ejemplo, en que el procedimiento arbitral ha decidido sobre materias no arbitrables, causal del artículo 41.f

³²⁷ Artículos 250 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000

³²⁸ Fernández-Ballesteros, M.A., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*. El profesor Fernández-Ballesteros es también partidario de otorgar una naturaleza constitutiva a la sentencia de nulidad, Aranzadi, Navarra, 2004, p.412

³²⁹ Barona Vilar, S., “Artículo 40”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, coord.. Silvia Barona Villar, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p.1632

³³⁰ Xiol Ríos, J.A., “Artículo 40. Acción de anulación del laudo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coord. Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 799

de la Ley de Arbitraje, o, que el convenio arbitral sea inválido o inexistente, causal 41.a) de la Ley de Arbitraje.³³¹

La consecuencia de la repetición del procedimiento arbitral y sus repercusiones en el contrato principal es donde centraremos nuestra atención. El carácter esencial del término en los contratos mercantiles convierte a cualquier hecho que altere este en un hecho demoledor para el contrato. Si por culpa del mal actuar del árbitro, contraviniendo el programa contractual, provoca una repetición del procedimiento arbitral y con ello, un retraso importante en la ejecución del contrato principal, estaríamos en presencia de un incumplimiento de la suficiente entidad para otorgar a las partes potestad para la firma de un nuevo contrato de cobertura en sustitución del anterior. Recordemos que un retraso en el cumplimiento, en el ámbito mercantil, equivale al incumplimiento.

CAPÍTULO V. EL CONTRATO MERCANTIL SOMETIDO A ARBITRAJE. RELACIONES JURÍDICAS EXISTENTES ENTRE AMBOS A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS CONECTIVIDAD CONTRACTUAL

1. Introducción

Nuestro Código Civil no contiene un concepto de contrato. El artículo 1254 del Código Civil nos dice en qué consiste la relación contractual. La doctrina actual conceptúa el contrato como el instrumento jurídico al cual el ordenamiento le otorga la facultad de ordenar la transmisión de bienes, derechos, servicios o de crear cauces para la conformación o composición de situaciones jurídicas, otorgando efectos jurídicos a las mismas. En definitiva, el contrato es una determinada disciplina que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.³³² Existe una relación estrecha entre el contrato y la conducta que ordena. Estas relaciones, con el paso del tiempo, han ido evolucionando. En especial es en el ámbito mercantil, o comercial, donde este cambio ha sido más radical. El mundo empresarial o comercial de 1885, año en el que es promulgado nuestro actual Código de Comercio, o el año 1889, año de promulgación de nuestro Código Civil, evidentemente no es el del siglo XXI. Las relaciones jurídicas se han sofisticado mucho, naciendo nuevas conductas o formas de relacionarse provocando en el ordenamiento jurídico la conformación de nuevos contratos o nuevas formas de contratar.

En la actualidad, las nuevas formas de relación entre los sujetos privados, en especial en el ámbito comercial, han supuesto en muchos casos el quebranto de los tradicionales principios de la contratación. Un ejemplo evidente es la evolución del tradicional principio de la autonomía contractual.

La aparición de nuevas formas de relacionarse, lógica evolución de una sociedad viva, y la complejidad de las relaciones empresariales ha obligado al ordenamiento jurídico a evolucionar pues ya los viejos esquemas contractuales han perdido gran parte de su eficiencia jurídica con respecto al nuevo y sofisticado entorno empresarial. La actual compraventa internacional, contrato unido consustancialmente al de transporte y ambos

³³² Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2007, p. 139

al uno de seguro, los INCOTERMS³³³ como técnica destinada a superar las barreras idiomáticas estandarizando el reparto de riesgos y gastos de las partes, instituciones propias del comercio internacional, los contratos en masa, propios de la contratación internacional, la contratación electrónica, las nuevas formas de gestionar y financiar el inmovilizado como el contrato de leasing o renting, las nuevas modalidades de pago mediante el llamado “dinero de plástico”, la revolucionaria técnica de la desmaterialización de los títulos-valores mediante meros apuntes informáticos llamados anotaciones en cuenta. Toda la situación anterior ha provocado, como hemos dicho, una obsolescencia del catálogo clásico contractual, que en su origen fue configurado como un sistema autónomo de relaciones jurídicas, la compraventa, el arrendamiento de bienes o servicios o la donación eran estructuras contractuales que por sí solas daban suficiente y eficiente respuesta a las relaciones jurídico-privadas.

Los métodos de solución de conflictos contractuales, como el arbitraje, nacidos en el seno de las relaciones comerciales no se han mantenido al margen. La complejidad y sofisticación de las relaciones comerciales han provocado una profunda transformación y evolución de estos sistemas de composición de conflictos, evolucionando al unísono de las nuevas necesidades del mercado.

La no existencia de una jurisdicción internacional, los problemas, ya históricos, de las jurisdicciones nacionales, agravados por la reciente pandemia del COVID-19, han hecho que los empresarios y comerciantes necesitados de soluciones rápidas y especializadas a sus conflictos hayan preferido incluir en sus contratos métodos de solución de conflictos, como el arbitraje, que excluyan la intervención de la jurisdicción ordinaria y sustituirla por sistemas más eficientes, más acordes con la idiosincrasia de su actividad, más eficientes con la preservación del ánimo de lucro como “piedra de clave” de las relaciones comerciales.

El término en los contratos mercantiles es un elemento esencial y crítico.³³⁴ Un contrato mercantil no cumplido en tiempo es considerado un incumplimiento total. El ordenamiento jurídico mercantil, consciente de la importancia de la previsibilidad en las

³³³ INCOTERMS. Los incoterms son reglas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional de París, que se utilizan en los contratos de compraventa internacional. Su nombre proviene de *International Commercial Terms* (términos internacionales de comercio). Última actualización es del año 2020.

³³⁴ Alonso Ureba, A., “Contrato mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1646.

conductas que necesita el empresario, establece un sistema legal de ejecución de las obligaciones. El artículo 61 de Código de Comercio prohíbe los términos de gracia en la ejecución de las obligaciones mercantiles, excluyendo la solución judicial al respecto. Otro ejemplo, lo tendríamos en el ámbito de la compraventa internacional, nos lo ofrece el contenido del artículo 43.3 de la Convención de Viena³³⁵ que establece, también, la interdicción de términos de gracia en la ejecución de las obligaciones mercantiles, ya que intervendría el criterio discrecional del juez en la ejecución del contrato, con la particularidad de que dicho juez sería connacional de una de las partes en litigio al tratarse de una relación jurídica internacional.³³⁶ La jurisprudencia también viene siendo partidaria de reconocer la esencialidad del plazo o término en las obligaciones mercantiles.³³⁷

En conclusión, el ordenamiento jurídico mercantil es consciente que el ánimo de lucro estará en íntima comunión con el momento de ejecución de un contrato mercantil y la previsibilidad de este. Dicho momento dependerá también, en caso de surgimiento de una controversia, de la rapidez o de la lentitud, la previsibilidad en el tiempo de composición.

2. Aspectos relevantes del contrato mercantil sometido a arbitraje

El ordenamiento jurídico pone a disposición de los empresarios distintos métodos para la resolución de sus conflictos. Unos más acordes con la preservación de la rentabilidad de la relación comercial, caso del arbitraje, y otro no, caso de la jurisdicción ordinaria.

El empresario que apuesta del arbitraje ejerce mediante un acuerdo con base a su autonomía de la voluntad una exclusión del conocimiento y resolución de sus conflictos a la jurisdicción ordinaria.³³⁸ Dicho contrato de arbitraje lo encontraremos, como

³³⁵ Convenio de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

³³⁶ López López, A., “La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”, Díez Picazo (Dir.), Civitas, Madrid, 1998, p. 411

³³⁷ Por todas, veanse las sentencias de Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985, 29 de enero de 1991 y 21 de septiembre de 1990.

³³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio, al respecto dicta que “han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.”

establece el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje, en el clausulado del contrato principal o una referencia a un contrato de arbitraje fuera del contrato principal.³³⁹

2.1. Los contratos mercantiles como instrumentos conformadores de la actividad económica

No es objeto de este trabajo desarrollar pormenorizadamente una teoría general sobre los contratos mercantiles; por el contrario, nos interesa incidir sobre ciertos aspectos de ellos que sustentan nuestro razonamiento.

Existe una tendencia unificadora del Derecho mercantil que nos aporta una visión unitaria del ordenamiento jurídico de los mercados³⁴⁰, pero seguimos viviendo constreñidos por la dualidad de regímenes que en esta materia representan tanto el Código Civil como el Código de Comercio. Toda esta situación se encuentra agravada por el artículo 2 del Código de Comercio y la consecuente dificultad doctrinal y jurisprudencial a la hora de definir el acto de comercio. Tampoco nos ayuda el tenor literal del artículo 50 del Código de Comercio al señalar que “los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”.

Por influencia del derecho internacional de los contratos comerciales, hay una consolidada tendencia, tanto doctrinal como jurisprudencial, a evolucionar desde una concepción contractualista, donde el contrato mercantil es el centro del mundo jurídico comercial con independencia de la calificación jurídica de las partes, a una concepción actual, donde el contrato se nos aparece como el instrumento del cual se sirve el

³³⁹ Artículo 9.1 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, “1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

³⁴⁰Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.A, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 3ª ed, EDERSA, Madrid 2001.

empresario para el desarrollo de su actividad profesional, económica, de empresa³⁴¹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es ajena a este proceso³⁴².

La conceptualización de contrato mercantil, en los tiempos actuales, se distancia de las conceptualizaciones objetivas del Código de Comercio de 1885, para centrarse en modelos actualizados, donde el Derecho mercantil nació para servir al tráfico económico y con ello favorecer la actividad de uno de los intervinientes en la misma: el empresario. Son las especialidades del empresario desarrollando la actividad económica de una manera profesional donde nacen las especialidades de la contratación mercantil, que determinará la existencia de contratos específicos, *leasing*, *factoring*, el contrato de franquicia, distribución o formas especiales de contratar como es el caso de los contratos de compraventa realizados a través de medios electrónicos con el juego que desarrolla en los mismos el tema del desistimiento. Pero en todos ellos será la intervención profesional del empresario lo que determinará dicha especialidad.

Al igual que la componente subjetiva es la determinante de la calificación de un contrato de régimen general como de régimen especial, existe una componente estructural a la hora de hablar de unos contratos comerciales especiales como serían los “contratos mercantiles sometidos a arbitraje”.

2.1.1. El empresario como protagonista esencial del contrato mercantil. El ánimo de lucro empresarial como causa de los contratos mercantiles

Una vez superados los límites doctrinales y prácticos del obsoleto concepto de acto de comercio inducido a través del artículo 2.2 del vigente Código de Comercio de 1885, surge la figura del empresario como conformadora de la actividad jurídica desarrollada

³⁴¹ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª, ed. Tecnos, Madrid, 2021.

³⁴² Un ejemplo lo tenemos, entre otros muchos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 que al respecto de la evolución interna del principio “*rebus sic stantibus*” indica que: “En esta línea, para los principios Unidroit la imprevisibilidad deriva de que los acontecimientos, no debieron haber sido previstos “por la parte en desventaja, ni de que cayeran en su esfera de control”. Los principios de Derecho Europeo de la Contratación (PELL) la configuran respecto de que dicho cambio “no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato”.

en un mercado³⁴³. El empresario, en la actualidad, se nos aparece como toda persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representante, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad³⁴⁴. La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido al respecto establece: “Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo”. En la misma línea, el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, donde “se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. En definitiva, el empresario será toda persona física o jurídica que realiza de una forma profesional una actividad económica planificada (profesional)³⁴⁵. El empresario será aquel sujeto jurídico que realiza, por sí mismo o por medio de representante, una actividad económica (lucro) a través de una estructura profesional (empresa)³⁴⁶.

2.1.2. Acotamiento conceptual de “ánimo de lucro”

El Tribunal Supremo conceptúa, entre otras, en su Sentencia 1337/2007, de 19 de diciembre, que los empresarios “desarrollan una actividad comercial o empresarial propia, de cara a la obtención de un beneficio económico”. No obstante el Tribunal Supremo, en la misma Sentencia, va más allá y evita una visión miope del ‘ánimo de lucro’ relacionándolo exclusivamente con la obtención de un beneficio económico. El ‘ánimo de lucro’ puede manifestarse como cualquier otra utilidad o ventaja para el empresario. En este sentido cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1945, que entiende que la causa del contrato de sociedad es la utilidad o provecho que los socios esperan obtener merced a sus prestaciones-aportaciones. Un claro

³⁴³ Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.A., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 3ªed. EDERSA, Madrid, 2001.

³⁴⁴ Menéndez Menéndez, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

³⁴⁵ Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

³⁴⁶ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª ed. Tecnos, Madrid, 2021.

ejemplo de lo anterior lo tendríamos en nuestro ordenamiento jurídico en las Sociedades Anónimas Deportivas. La Audiencia Provincial de Castellón, en su Sentencia de 7 de febrero del 2002, ya amplía este concepto, no sólo al lucro económico, sino, como en el caso que le corresponde enjuiciar, la toma de poder político de un club y su consecuente poder de influencia social que dicho hecho lleva aparejado. Ello explica la actual redacción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ³⁴⁷.

2.2. El arbitraje como mecanismo de protección del ánimo de lucro

Todo empresario pretende con la realización de una actividad económica de forma profesional la obtención de una utilidad o rendimiento económico. El instrumento básico a través del cual pretende conseguir dicho fin es el contrato mercantil, entendido como uno de los instrumentos más importantes de la circulación mercantil, junto al crédito y los valores negociables³⁴⁸.

La contratación mercantil, para distinguirse de la contratación de régimen general o civil, ha necesitado de la intervención de un sujeto profesional en cuyo actuar participe un elemento subjetivo, como es el ánimo de lucro. Los contratos mercantiles son medios o instrumentos de los que se sirve el empresario para la obtención de los rendimientos de su actividad. Lo anterior queda patente en la compraventa mercantil. Mientras que el artículo 1445 del Código Civil nos presenta un contrato que es principio y fin de una relación jurídica, el artículo 325 del Código de Comercio nos presenta un contrato precursor de otros contratos sucesivos. El comprador compra para revender y lucrarse en la reventa.³⁴⁹

³⁴⁷ El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital establece una serie de excepciones a su aplicación. Una de ellas, en concreto la recogida en el en el punto 5. e), que deja fuera de la aplicación de este artículo a las Sociedades Anónimas Deportivas. Excepción introducida por el Partido Popular en el Senado, argumentando para ello, que la finalidad objetiva última de los socios en un SAD no es la obtención vía dividendo, de una rentabilidad (ánimo de lucro), “sino que lo hacen por motivos que tienen que ver con la sostenibilidad del club, tanto a nivel económico como deportivo”.

³⁴⁸ Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.A., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 3ªed. EDERSA, Madrid, 2001, p. 149.

³⁴⁹ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., “La compraventa mercantil: aspectos generales”, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, Ed. 28ª, Tecnos, Madrid, 2021, p.70.

Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman que la obtención del rendimiento a través de un contrato de naturaleza mercantil está críticamente unida al momento de ejecución de este. El término en los contratos mercantiles es un elemento esencial y crítico.³⁵⁰ El artículo 61 de Código de Comercio prohíbe los términos de gracia en la ejecución de las obligaciones mercantiles. La compraventa internacional sería otro caso. El contenido de artículo 43.3 de la Convención de Viena establece, la interdicción de términos de gracia en la ejecución de las obligaciones mercantiles, ya que intervendría el criterio discrecional del juez en la ejecución del contrato. Con la particularidad que dicho juez sería connacional de una de las partes en litigio al tratarse de una relación jurídica internacional.³⁵¹ La jurisprudencia también viene siendo partidaria de reconocer la esencialidad del plazo o término en las obligaciones mercantiles.³⁵² El empresario, como gestor de incertidumbre, necesita certidumbre y previsibilidad y las conductas del mercado.

Dos especialidades del arbitraje le hacen ser un método de resolución de conflictos especialmente protector del ánimo de lucro del empresario en sus relaciones comerciales. La previsibilidad y la certidumbre en la resolución, mediante unos plazos cortos y conocidos por las partes y, la ausencia de recursos procesales, lo que los anglosajones llaman “one shot”, convierten al arbitraje en un método de resolución de conflictos sumamente protector de la rentabilidad de las relaciones comerciales.

La rapidez y la certidumbre de plazos en la resolución del conflicto suponen para el empresario una reducción de los costes de éste. Acercando el momento de ejecución efectiva, por ejecución del laudo, al momento programado inicialmente en el contrato, se minimizan los perjuicios del incumplimiento contractual origen del conflicto preservando la rentabilidad del contrato.

En el ámbito mercantil, jurídicamente, se equipará el retraso en el cumplimiento de las obligaciones con un incumplimiento. El Tribunal Supremo entiende que en este sentido,

³⁵⁰ Alonso Ureba, A., “Contrato mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1646.

³⁵¹ López López, A., “La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”, op. cit., p. 411.

³⁵² Por todas, las sentencias de Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985, 29 de enero de 1991 y 21 de septiembre de 1990.

“en la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a la falta de prestación, a consecuencia de la especialidad característica del Derecho mercantil”³⁵³ .

2.2.1. Conflicto y ánimo de lucro

2.2.1.1. Introducción

Ronald Coase,³⁵⁴ a través de su conocido como “Teorema de Coase” llegó, entre otras, a la siguiente conclusión. Si no hubiera “costes de transacción”³⁵⁵, entre los cuales se encontrarían los “costes de contratación”, que abarcarían los costes de ejecución del contrato, voluntaria o forzosa, las partes llegarían siempre a soluciones eficientes. Estos costes fueron cuantificados por el también Nobel Douglass North³⁵⁶, que afirmó que cerca de la mitad de la economía de un país se “gasta” en resolver los malentendidos y diversos problemas en la contratación.³⁵⁷

Recientemente, Mora Sanguinetti³⁵⁸ cuantifica en 12.000 millones de euros el montante que las empresas españolas pertenecientes al IBEX-35 destinan a provisionar posibles litigios.

La actividad empresarial es una actividad de riesgo. El empresario se nos aparece como un gestor del riesgo o de la incertidumbre. El surgimiento del conflicto es consustancial a la actividad empresarial. Cuando se produce un conflicto en una relación jurídica comercial, como hemos dicho, se produce un desequilibrio entre las posiciones jurídicas

³⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985.

³⁵⁴ Ronald Coase (1910-2013), investigador del moderno “análisis económico del Derecho”. Premio Nobel de economía en 1991.

³⁵⁵ Según Coase entre los tipos de costes de transacción se encuentran:

Costes de búsqueda: Los costos asociados a encontrar a los proveedores del bien o servicio que necesitamos. Investigar su idoneidad, confiabilidad, disponibilidad y precios.

Costes de contratación: Son los costos de negociar y redactar los contratos. A lo que se incluyen los costos de verificar el cumplimiento de lo acordado.

Costes de coordinación: Es el coste de organizar y coordinar los distintos insumos o procesos que se requieren para obtener el bien o servicio deseado. Dentro de estos costes se encuentran los costes de comunicación, transporte, etc.

³⁵⁶ Douglass North (1920-2015). Premio Nobel de Economía en 1993.

³⁵⁷ Mora-Sanguinetti, J., *La factura de la Injusticia*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 159.

³⁵⁸ Id.,ib.,, p. 182.

de las partes. De este modo desaparece o se ve dañado gravemente el equilibrio de expectativas de las partes, al cual se ha llegado mediante la negociación contractual. Dichas expectativas patrimoniales forman parte sustancial de la causa del contrato mercantil.

2.2.1.2. Conflicto y empresa

Los ordenamientos jurídicos modernos, tanto nacionales como internacionales, han articulado diversos métodos pacíficos de composición del conflicto o métodos de restablecer en la medida de lo posible el desequilibrio producido. Cada uno con sus características propias.

En el caso de nuestro estudio vamos a comparar el arbitraje con respecto a la jurisdicción ordinaria, el otro método heterocompositivo. En lo referente a la duración de los procedimientos debemos hacer una serie de precisiones. En base al principio de autonomía de la voluntad, son las partes las que deciden libremente la duración del procedimiento arbitral. En ausencia de pacto, por aplicación de lo prevenido en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen un plazo de seis meses para emitir el laudo. En el arbitraje institucional, por remisión de las partes al Reglamento de las Cortes, será éste el que regule el plazo. La Ley Modelo UNCITRAL nada dice sobre el plazo de emisión del laudo, dejando a Estados y Cortes libertad en este ámbito. Dicha flexibilidad y certidumbre no existen en la jurisdicción ordinaria ya que los plazos del procedimiento vienen establecidos, para las partes que no para el órgano jurisdiccional, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. El dato real, según el Poder Judicial³⁵⁹, es que la duración media de un procedimiento civil, una vez agotada la vía jurisdiccional, es de 4 años.

La variable tiempo es esencial en la práctica empresarial. En la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a la falta de prestación como consecuencia de la especial característica del Derecho mercantil³⁶⁰.

³⁵⁹ Datos del último baremo publicado por el Poder Judicial, *La Justicia Dato a Dato. Año 2022*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1985.

La contabilidad, como técnica para reflejar la información económica del empresario, a pesar de que el desarrollo de la actividad empresarial es continua, divide dicha línea temporal en unidades de tiempo comparable llamados “ejercicios contables”. A dichos ejercicios se le imputarán los hechos económicos que por fecha corresponda o pudieran corresponder. El artículo 25 del Código de Comercio impone al empresario la obligación de dejar constancia de su actividad con el fin de poder realizar un seguimiento cronológico de sus operaciones. El mismo artículo dispone la elaboración “periódica” de balances e inventarios. El rendimiento de los activos financieros y el coste de la financiación se basan también en el paso del tiempo. En definitiva, el tiempo para la empresa no es oro, el tiempo es dinero. Debido a que, para la empresa el dinero no solo tiene un valor de intercambio o liberatorio, para la empresa el dinero formara parte de su circulante, siendo unos de los activos necesarios para la consecución de sus objetivos económicos.

La variable tiempo también tiene una importancia transcendental con respecto a la consolidación de derechos y obligaciones. El artículo 38 f) del Código de Comercio establece las reglas de imputación de los ingresos y gastos, estableciendo que se imputarán al ejercicio que se hubieran consolidado jurídicamente, con independencia de la fecha de su pago o cobro.

Los ejemplos citados suponen que, tanto el paso del tiempo como el momento en el que se ejecutan los derechos y las obligaciones, no son neutrales o inocuos para la cuenta de resultados de la empresa.

Sin ánimo de ser exhaustivos y solo con un fin meramente ilustrativo, vamos a ver dos ejemplos prácticos de los efectos negativos que la resolución temprana de un conflicto puede tener en la cuenta de resultados de una empresa.

El resultado de toda actividad empresarial se obtiene de restar a los ingresos obtenidos, los gastos incurridos para la obtención de los primeros. El resultado nos indica como los ingresos se transforman en beneficio según les vamos restando los gastos. Este beneficio es lo que compone el ánimo de lucro del empresario.

Si se tarda en ejecutar un contrato, por ejemplo, de compraventa, y el vendedor no recibiera el pago de la misma hasta un tiempo que se escapa a la previsiones o expectativas contenidas en el contrato sufriría un quebranto económico alterando sus expectativas al respecto. Dependiendo del montante de dicho cobro, y debido al vencimiento de otras obligaciones del vendedor, este deberá suplir dicha laguna financiera acudiendo a la financiación de terceros. Financiación que un entorno de tipos de interés alto será muy gravoso. El coste de dicha financiación entrará a formar parte de la estructura de costes de la empresa, ya que, reducirá el resultado del negocio. De igual manera el comprador que no recibe las mercaderías en plazo no podrá atender a sus clientes dada la especial configuración del contrato de compraventa mercantil (compra para revender y lucrarse en la reventa), teniendo que hacer frente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual (artículo 1101 del Código Civil).³⁶¹

El coste del meritado impago se va incrementando con el paso del tiempo, decreciendo la rentabilidad de la empresa vendedora como consecuencia del gasto financiero que soporta. En definitiva, reduciendo el ánimo de lucro del empresario.

El incumplimiento de pago también tiene otras derivadas financieras y tributarias. Dentro de las derivadas financieras nos encontramos con la contabilización de las pérdidas por deterioro de los créditos comerciales. La contabilización de dichas pérdidas se consideran un gasto y en consecuencia minorarán el resultado. Cuestión siempre incómoda de a la junta de socios.

El actual Plan General Contable³⁶² recoge, en la norma de valoración³⁶³ 9,^a apartado 2.2.3 que: “Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un activo financiero o de un grupo de activos financieros con similares características de riesgos valorados colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción o retraso en

³⁶¹ Señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de junio de 2010 que debe concurrir, además que el incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios.

³⁶² Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

³⁶³ Las normas de registro y valoración son un conjunto de reglas de obligado cumplimiento en el ámbito contable, de tal modo que el registro se encuentre normalizado.

los flujos de efectivo estimados futuros, que puedan venir motivados por la insolvencia del deudor.

(...)

Las correcciones valorativas por deterioro, así como su reversión cuando el importe de dicha pérdida disminuyese por causas relacionadas con un evento posterior, se reconocerán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias.”

Luego, si el conflicto se resuelve dentro del ejercicio social³⁶⁴, cosa imposible si su composición se articula a través de la jurisdicción ordinaria, pero perfectamente posible mediante arbitraje, el deterioro no habría que contabilizarse y el beneficio quedaría intacto.

En el ámbito de la tributación de la empresa, nos encontraríamos con consecuencias homologables a la anterior. En especial a la hora de la liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) y el Impuesto de Sociedades (en adelante IS).

El caso del IVA y en aplicación del artículo 75. Uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que estipula que para la entrega de bienes el IVA se devengará en la puesta a disposición de los mismos que suele coincidir con fecha de factura³⁶⁵. Para el caso de servicios cuando estas se ejecuten. En ese momento se devenga el IVA de la operación, lo cual significa que nace la obligación de pago a la Administración con independencia de que se haya cobrado o no. En consecuencia, es el devengo y no el cobro de la venta o prestación del servicio la que hace

³⁶⁴ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Artículo 125. Fecha de cierre del ejercicio social. “1. Los estatutos fijarán la fecha de cierre del ejercicio social, cuya duración no podrá ser en ningún caso superior al año. 2. A falta de disposición estatutaria, se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año.

³⁶⁵ Artículo 2 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. “De acuerdo con el artículo 164.Uno. 3.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del Impuesto, en los términos establecidos en este Reglamento y sin más excepciones que las previstas en él. Esta obligación incumbe asimismo a los empresarios o profesionales acogidos a los regímenes especiales del Impuesto sobre el Valor Añadido.

nacer la obligación de ingreso del IVA³⁶⁶. Para el caso del impago de una factura y que la recuperación de esta, tras la reclamación de la misma, trascendiera más allá del ejercicio donde se hubiera devengado, la empresa deberá asumir el coste de la prolongación en el tiempo del cobro efectivo, ya que el IVA se habrá liquidado, pero no cobrado. Pese a que nuestro sistema tributario prevé la posibilidad, bajo determinados requisitos, de la recuperación del IVA correspondiente a la factura fallida, mientras esto ocurre, lo cual no es automático y se dilata en el tiempo al estar implicada la Administración Tributaria en ello, mientras tanto es la empresa la que soporta el coste de la financiación de esa deuda. Evidentemente esto supone un incremento del coste de la operación mientras la ejecución del contrato esté pendiente de la resolución del conflicto, cuyo coste será directamente proporcional al tiempo que la empresa tarde en cobrar la deuda. Tiempo, una vez más. En definitiva, el arbitraje supone, debido al acortamiento del plazo de resolución y a la mayor previsibilidad de este, un mecanismo en este sentido mucho más eficiente que la jurisdicción ordinaria en la preservación del ánimo de lucro empresarial.

Con respecto al IS nos encontramos ante un caso parecido al IVA, por el juego del artículo 28 de Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, al disponer que “El impuesto se devengará el último día del período impositivo” y el artículo 38 d) del Código de Comercio que dice que: “Se imputará al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro”. Luego aquellas facturas emitidas en un determinado ejercicio se imputan a dicho ejercicio hayan sido cobradas o no. La consecuencia es idéntica al caso de IVA. Aquellas facturas que sean cobradas en el período impositivo el IS que generen se pagará con dicho cobro, al margen de la posibilidad de imputar en un ejercicio futuro, si se cumplen determinados requisitos, como gasto el crédito impagado. En caso contrario, el IS liquidado y no cobrado deberá cubrirlo la empresa o bien con financiación propia, detrayendo recursos financieros propios de otros usos o bien asumiendo el coste de una financiación de terceros.

³⁶⁶ La Dirección General de Tributos en su consulta vinculante V1047/2014, de 14 de abril, interpreta en el mismo sentido las consecuencias del artículo 75. Uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En conclusión, de todo lo anteriormente expuesto, el arbitraje dentro de un contrato comercial no es solo un medio de resolución de conflictos, es también un instrumento de gestión, protector de la rentabilidad de la empresa. En definitiva, protector del ánimo de lucro empresarial.

Todo ello ha llevado a la práctica empresarial a considerar al conflicto como un activo financiero. La irrupción, con fuerza, en la práctica arbitral de los “Third Party Funding”³⁶⁷ que, o bien, financiando el procedimiento o simplemente adquiriendo el procedimiento, subrogándose en la posición procedimental del vendedor, descargado así el balance de las empresas del coste del conflicto que a grandes rasgos hemos dibujado, es una prueba más de la importancia para la gestión financiera tiene la elección del sistema de composición del conflicto.

En conclusión, el arbitraje para el empresario no es solo, o exclusivamente, un sistema de solución de conflictos. Es un mecanismo de gestión del conflicto, como un procedimiento optimizando al máximo los recursos (predeterminación del plazo de resolución y previsibilidad del mismo) que ofrece el arbitraje para obtener un objetivo determinado. Dicho mecanismo integrado en la gestión general del negocio protege eficientemente el ánimo de lucro empresarial.

2.3. El ánimo de lucro como causa eficiente y jurídicamente relevante común al contrato principal de naturaleza comercial y al contrato de arbitraje inserto en él

El profesor De Castro definió la causa de contrato como los fines que las partes pretenden conseguir con él³⁶⁸. Por otro lado, para el profesor Díez-Picazo, la causa del negocio jurídico estaría en la respuesta que cada parte diera a la pregunta de ¿por qué se realiza un determinado negocio jurídico?³⁶⁹. Luego la causa del contrato principal y del contrato

³⁶⁷ A grandes rasgos podemos decir que el “Third Party Funding” o “la financiación de terceros” (en adelante también como “TPF”) es el sistema mediante el cual un financiador de terceros sufraga, parcial o totalmente, uno de los costos de arbitraje de las partes, y en caso de una adjudicación favorable, el tercero financiador generalmente es remunerado por un porcentaje previamente acordado del monto de la adjudicación, en caso de una adjudicación desfavorable o bien, mediante la adquisición del procedimiento se subrogan en la posición procedimental del vendedor.

³⁶⁸ De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 196.

³⁶⁹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, p. 273.

de arbitraje estarían en perfecta sintonía (relevancia jurídica), ya que, tanto uno como, otro tendría como fin último la obtención y preservación del ánimo de lucro.

La causa del contrato mercantil para el empresario, por lo tanto, será toda utilidad patrimonial o ventaja comercial que pueda obtener. Un caso paradigmático sería el caso de la ‘venta a pérdidas’, regulada en el artículo 17 de Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que permite al empresario vender su mercancía por debajo del coste de adquisición y cumpliendo determinados requisitos³⁷⁰, pero nos encontraríamos ante un supuesto excepcional.

Si, en definitiva, configuramos la causa, al igual que lo hace la doctrina³⁷¹, como el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado, debemos concluir afirmando que ambos contratos, el principal y el de arbitraje, comparten una misma causa, la obtención de lucro. Uno mediante la ejecución normal del contrato y el otro mediante un procedimiento de resolución de una controversia que tenga como resultado la protección de ese ánimo de lucro. Luego ambos contratos tienen como fin como causa la obtención de la rentabilidad de la operación comercial. El contrato mercantil de una forma ordinaria y el arbitraje de forma extraordinaria mediante la solución de la controversia surgida en la ejecución contractual ordinaria.

2.4. Cambios funcionales en los contratos mercantiles sometidos a arbitraje

Con la creciente internacionalización de las relaciones comerciales, la cuestión de la ley aplicable al contrato internacional ha pasado a primera fila del conjunto de cuestiones relevantes de la contratación moderna.

³⁷⁰ El artículo 17 de la Ley 3/1991 establece como prohibiciones a la “venta en pérdidas” las siguientes: a) que el precio pueda producir error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios en el mismo establecimiento. b) que tenga por objeto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno. c) que forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

³⁷¹ Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho Civil*, cit. p. 275 “Como decía en su momento F. de Castro, causa es aquello que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico, entendiendo la causa como causa concreta y distinta de la causa abstracta. La causa se configura, así como, el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado”.

El sistema general, en especial el convencional internacional³⁷², establece que la elección de la ley aplicable podrá realizarse de una forma expresa o tácita. Las partes tienen absoluta libertad de elección de la ley aplicable a sus relaciones comerciales, sin tan siquiera siendo preciso que dicha ley tenga conexión alguna con el contrato.

Dicho sistema de elección es aplicable tanto para el árbitro como para el juez ordinario, que estarán obligados por la elección de las partes. Hasta aquí no se produce diferencia sustancial alguna entre un contrato mercantil sometido a la jurisdicción ordinaria de otro sometido a arbitraje. Sin embargo, la divergencia de caminos se produce cuando las partes no manifiestan decisión alguna con respecto a la ley aplicable al contrato, quedando dicha elección en manos del juez o del árbitro, dependiendo del caso.

El juez ordinario que tiene ante sí un contrato sin sumisión expresa legal se verá obligado, por imposición legal, a aplicar su ordenamiento jurídico vigente³⁷³, nacional y convencional³⁷⁴. El Juez español, si aplica el Convenio Europeo Roma I, en concreto su Considerando 19, debe tener en consideración que: “En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”. Por el contrario, de no poder aplicar Roma I debido a la extraterritorialidad europea de las partes, deberá aplicar indefectiblemente las normas de conflicto contenidas en los artículos 9 y 10 del Código Civil.

³⁷² Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, ratificado por España el 1 de septiembre de 1993 (conocido como Roma I). Considerando 11. “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

³⁷³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “Artículo 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”.

³⁷⁴ Constitución Española. “Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

En los contratos mercantiles sometidos a arbitraje, tanto en los arbitrajes de Derecho como en los arbitrajes de equidad, el árbitro tiene una mayor discrecionalidad con respecto al tema de ley aplicable al contrato principal. Esto es debido a que la Ley 60/2003, en su artículo 34, apunta, bajo la rúbrica “Normas aplicables al fondo de la controversia”, que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. En este punto, en los contratos internacionales sometidos a arbitraje, debemos distinguir entre la *lex arbitri* y la *lex causae*, refiriéndose el artículo 34 de la Ley de Arbitraje a la *lex causae* o ley aplicable al fondo del asunto siendo la *lex arbitri* la aplicable al procedimiento arbitral que, en aplicación del artículo 1 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, vendrá determinada por la sede del arbitraje: sede española, ley española.

Volviendo a la *lex causae*, para el profesor Sánchez Lorenzo esta tiene tres importantes funciones: en primer lugar, desempeña una función completiva, ya que nos ayudará a resolver ciertas lagunas del contrato. Una segunda función será interpretativa, analizando términos oscuros o pocos claros del contrato. Y, en tercer lugar, desarrolla una función restrictiva, por ejemplo, las cláusulas contrarias al orden público que sustenta la *lex causae*³⁷⁵.

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, el Derecho aplicable al fondo del asunto (*lex causae*) viene regido a nivel internacional especialmente en el artículo 28.1 de la Ley Modelo UNCITRAL y en el artículo 7 del Convenio sobre arbitraje comercial internacional de 1961³⁷⁶. Nuestra ley nacional de arbitraje, como ya hemos dicho, asume dicha regulación internacional en el artículo 34 de la Ley 60/2003.

³⁷⁵Sánchez Lorenzo, S. “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, op. cit., pp.39-53.

³⁷⁶Artículo 28 de la Ley Modelo UNCITRAL.” 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes

En base a lo anteriormente expuesto, el árbitro que decide en un conflicto derivado de un contrato mercantil sometido a arbitraje, en primer lugar, deberá estar a lo que al respecto hayan establecido las partes, pero, en ausencia de manifestación expresa de estas, y en concreto con respecto al sistema conflictual aplicable, el árbitro frente al juez ordinario tendrá una mayor discrecionalidad, ya que mientras el juez ordinario está obligado por ley a aplicar sus propias normas de conflicto, el árbitro, en defecto de elección de la ley aplicable, decidirá en base a las reglas de la Corte, en el caso de un arbitraje institucional, o en base a la legislación arbitral aplicable como hemos visto según la sede del arbitraje, sistema mucho más flexible que el judicial³⁷⁷.

En conclusión, la solución del árbitro, gracias a esa mayor flexibilidad, puede ser más eficaz y eficiente con respecto a la solución del conflicto surgido, y afectar directamente a la rentabilidad del contrato; en suma, al ánimo de lucro actúa como elemento causal de todo contrato mercantil.

2.4.1. Ejecutoriedad del laudo

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 22/2009, de 22 de enero, entiende que la ejecutoriedad de las resoluciones judiciales es un derecho indisolublemente unido al derecho a la tutela judicial efectiva como garantía del cumplimiento de los mandatos de las resoluciones judiciales o extrajudiciales.

Como los laudos arbitrales, que tienen aparejados por imperio legal el principio de ejecutoriedad, para la ejecución de las soluciones conflictuales, al comprometer o restringir determinados derechos como el de propiedad, nuestra Constitución por vía de

que estime aplicables.” Artículo 7 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. “Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles”.

³⁷⁷Sánchez Lorenzo, S. “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI (2009) I, págs. 39-53.

su artículo 117 establece la exclusividad de los juzgados y tribunales ordinarios para “ejecutar lo juzgado”. El Tribunal Constitucional así se ha manifestado en relación con el arbitraje, entre otras resoluciones en el Auto 259/1993, donde apunta que “la diferente configuración del ‘Juez’, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de *imperium*, y del árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, la función decisoria del árbitro, como un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse al notario, el capitán de buque mercante, a el párroco y a muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio como agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, debe complementarse, irremisiblemente, con la función exclusiva y excluyente, del juez ordinario, de hacer cumplir lo juzgado”.

Las partes, en caso de incumplimiento voluntario del laudo, precisarán de la concurrencia del juez ordinario para proceder al cumplimiento forzoso del mismo. Dicho procedimiento de ejecución forzosa vendrá establecido en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se establece un mismo procedimiento de ejecución para el laudo y la sentencia, no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico diferencias reseñables entre ambos regímenes de ejecución.

Pero ¿qué ocurre cuando en el proceso judicial o en el procedimiento arbitral existe una componente internacional o, dicho de otro modo, la sentencia o el laudo deben ser ejecutados en terceros países distintos del foro donde se ha decidido la controversia?

La solución debemos buscarla en el sistema convencional internacional. En el caso de las sentencias judiciales debemos distinguir, por un lado, el eficiente sistema europeo de ejecución judicial, en especial materializado por el conocido como Reglamento Bruselas I o el Convenio de Lugano para miembros de la Asociación Europea de Comercio (EFTA). Sin embargo, la cosa cambia cuando el país de ejecución es un país no comunitario. En este sentido, hay que señalar el nulo éxito del Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial frente al rotundo éxito del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Dicha circunstancia hace del

Convenio de Nueva York, y con él al arbitraje comercial, que se convierta en la “infraestructura” idónea para la solución de los conflictos comerciales internacionales³⁷⁸, frente a las grandes dificultades del sistema de ejecución internacional de las sentencias judiciales.

En conclusión, podemos apuntar que el laudo es un documento “viajero” y que su sistema de ejecución internacional es más eficiente de cara a la ejecución de los cada vez más numerosos contratos comerciales internacionales.

Todo lo anterior es entendido con respecto a la contratación mercantil internacional, pero también, con respecto a la contratación mercantil nacional también los contratos mercantiles nacionales, entendidos como contratos mercantiles entre nacionales, también son tributarios de importantes diferencias en su régimen legal.

Con la inclusión del convenio arbitral en un contrato mercantil nacional, y por aplicación de lo que hemos denominado “efecto negativo” del convenio, se produce la exclusión total de la jurisdicción ordinaria en la resolución del conflicto. Esto tiene como efecto práctico inmediato la exclusión total, ni tan siquiera de forma subsidiaria, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y con ello las rígidas normas sobre el sistema de pruebas y su práctica existente en la LEC.

2.4.1.1. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

El aspecto más interesante para valorar es la fuerza de la ejecución de los laudos arbitrales internacionales. El arbitraje, sin una certeza de ejecución legal del laudo, acaba por ser considerado un esfuerzo baldío. Está reconocido que las empresas no se sientan alrededor de una mesa para negociar y discutir las prácticas técnicamente legales del procedimiento, y para el cumplimiento y ejecución del laudo.

³⁷⁸Virgos Soriano, M., 60 años del Convenio de Nueva York de 1958 desde la perspectiva del Derecho español, *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº. 35, 2019, pp. 27-50

La ejecución de laudos arbitrales extranjeros no es, en consecuencia, un mero ejercicio legal, es una necesidad para el comercio, y un elemento fundamental de estabilidad para el negocio que se concierne.

El Convenio de Nueva York que fue ratificado por España mediante el Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, de 1977, convierte al laudo en un documento apto para la circulación y ejecución internacional.

Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones que la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York en 1958 (“Convenio de Nueva York de 1958”). El amplio número de Estados que lo han ratificado indica no sólo el éxito del Convenio en cuanto al objetivo inmediato que pretendía, facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial. Desde este punto de vista, el Convenio de Nueva York de 1958 establece la «infraestructura» legal del arbitraje comercial internacional y proporciona las claves para la efectiva circulación internacional de los laudos (“sentencias arbitrales” en la terminología del Convenio).

Gracias al Convenio, en el ámbito internacional, se otorga al laudo, y en definitiva al arbitraje, de una gran efectividad jurídica, mucho mayor que las sentencias judiciales nacionales al no existir una jurisdicción comercial internacional.

El Convenio de Nueva York incorpora un modelo de homologación de laudos arbitrales extranjeros profundamente favorable al reconocimiento de estos. En él, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución tan sólo debe aportar los documentos recogidos en el artículo IV –laudo arbitral y convenio arbitral- y sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba, ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, las causas recogidas en el artículo V, referidas a tres ámbitos claramente diferenciados: el convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral.

2.4.2. Juez ordinario predeterminado por la ley vs. libre elección del árbitro

Para el Tribunal Supremo, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley es el derecho fundamental de todo ciudadano a que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal, que se halle investido de jurisdicción y competencia³⁷⁹, con anterioridad al hecho motivador del proceso³⁸⁰ y con un régimen orgánico y procesal que no permitan calificarlo de órgano especial o excepcional³⁸¹.

El Tribunal Constitucional, también como intérprete último de la Constitución, se ha manifestado al respecto de este derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna. En su Sentencia 199/1687, de 16 de diciembre, conceptúa al “juez ordinario” como el “juez constitucionalmente reconocido”. Por Sentencia 152/2015, de 14 agosto, el Tribunal Constitucional establece el contenido fundamental que compone el derecho fundamental al juez predeterminado: “a) que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; b) que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional; d) que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros; e) que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial”.

En cambio, en el arbitraje comercial el panorama es bien distinto, tal y como manifiesta el Tribunal Constitucional en sus Autos 41/1993 y 259/1993. “En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal Constitucional, negando la posibilidad de cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, toda vez que fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial y sus posibles controversias”. El procedimiento arbitral es un sistema de heterocomposición sustentado en la libre *potestas* de partes para

³⁷⁹Calaza López, S., *Garantías constitucionales del proceso judicial español*, Colex, Madrid, 2011, pp. 28-30.

³⁸⁰Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero 2006.

³⁸¹Auto del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2009.

componer determinados conflictos, según manifestaciones del Tribunal Constitucional realizadas en su Sentencia 17/2021, de 15 de febrero³⁸².

Conviene recordar que el procedimiento arbitral es un sistema de heterocomposición que se desarrolla extramuros del artículo 24 de la Constitución referido a la “tutela judicial efectiva”, estando su anclaje constitucional en el artículo 10, referido al libre desarrollo de la personalidad. Las partes tienen todo el poder y la potestad para nombrar a aquel o aquellos que han de componer su conflicto. En este mismo sentido se manifiesta la Ley 60/2003 de Arbitraje, que en su artículo 15 refiere que “Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

Las partes en el procedimiento arbitral podrán nombrar al árbitro que más se adapte al conflicto, por especialidad, prestigio o simplemente por confianza personal, no teniendo que someterse a las reglas de predeterminación judicial. Lo anterior tiene una enorme trascendencia, en especial en un ámbito tan profesionalizado y especializado. En muchas ocasiones, la facultad de elegir al árbitro de entre un elenco de profesionales altamente especializados en las materias en las que versa el conflicto, y no por criterios legales preestablecidos, que en la mayoría de los casos son completamente ajenos a las especialidades conflictuales, determinará la eficacia y eficiencia de la solución.

2.4.3. La exclusión total de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento arbitral

Un efecto paradigmático de la exclusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento arbitral lo tenemos en el sistema establecido en el artículo 327 de la LEC, en referencia a la “exhibición de los libros de los empresarios”. Todos aquellos que nos dedicamos a la práctica mercantil ante tribunales hemos sufrido el restrictivo sistema de

³⁸²Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero. “Pues bien, en la reciente STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral —tal como la configura la propia Ley de arbitraje— es un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.

la prueba contable³⁸³. Este sistema establece determinadas restricciones a la hora de exhibición de los libros de los empresarios, libros contables, en base al artículo 32 del Código Comercio que establece que la contabilidad del empresario es secreta. Las restricciones que al respecto establece el artículo 327 de la LEC³⁸⁴ son fundamentalmente dos. Por un lado, que el empresario solo está obligado a la exhibición de los libros obligatorios según la legislación mercantil³⁸⁵, que salvo excepciones son el libro diario y el libro de inventario y cuentas anuales. Según ello el libro Mayor, donde es más sencillo de buscar la información, no es obligatorio. Por otro lado, el artículo 327 de LEC establece una limitación a la información, “siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.

En el procedimiento arbitral, al no ser aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes en conflicto poseen mucha más libertad de proposición y alcance de la prueba contable con el único límite en el libre criterio del árbitro a la hora de su admisión y práctica. A la hora de plantear una eficiente estrategia procedimental, el hecho de poseer dicha libertad en una prueba tan importante y relevante como la prueba contable, puede determinar de forma sustancial la eficiencia de la solución conflictual.

2.4.4. La no existencia de recursos ordinarios. “One shot”

La RAE³⁸⁶ define “recurso” como: “En los procesos judiciales, petición motivada dirigida a un órgano jurisdiccional para que dicte una resolución que sustituya a otra que se impugna”. Sin embargo, la acción de anulación y la revisión de laudos previstas en la Ley de Arbitraje no constituye un recurso sobre el objeto de arbitraje³⁸⁷.

³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo, 3 de junio de 2008. “La solicitud de exhibición de libros de comercio de la contraparte debe efectuarse en la forma prevista en el artículo 32.3 C.Com. con el control por parte del juez de la determinación de los puntos que tengan relación con la cuestión litigiosa”.

³⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 17 de abril de 2008. “Para la Sala, sin embargo, ello no es así: el art. 327 de la L.E.C. establece que cuando haya de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles”.

³⁸⁵ Artículo 25 del Código de Comercio. “Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario”.

³⁸⁶ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española.

³⁸⁷ Véase Pelayo Gutiérrez, R., “La revisión ad intra de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, num 8444

En la práctica arbitral se ha acuñado la expresión anglosajona “One shot”, refiriéndose a la inexistencia del derecho a los recursos ordinarios existentes en la jurisdicción ordinaria y que forma parte del contenido básico del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de nuestra Constitución. En el arbitraje no existe el derecho al recurso ordinario, tan solo el procedimiento de nulidad del laudo que por naturaleza no se puede considerar un recurso. En definitiva, el arbitraje supone un ahorro de tiempo considerable de resolución con respecto a la jurisdicción ordinaria. En un plazo mucho menor las partes tienen a su disposición un laudo que resuelve su controversia y posee unos efectos jurídicos equivalentes a la sentencia judicial, ejecutoriedad y cosa juzgada.

Lo anteriormente expuesto tiene una importancia esencial en el ámbito de la contratación mercantil. Es esencial el cumplimiento de las prestaciones mercantiles y las expectativas creadas en las partes contratantes. Prueba de ello es el distinto régimen jurídico existente con respecto al cumplimiento de las obligaciones puras civiles en relación con las mercantiles. El artículo 1124 párrafo 3 del Código Civil dispone que “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, al no haber causa justificada que le autoricen a señalar plazo”. Esta prerrogativa del juez de otorgar un plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones es impensable en el mundo empresarial. Prueba de ello es el tenor literal del artículo 61 del Código de Comercio, que señala: “No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho”. En el ámbito internacional la cuestión es tratada de similar manera y el artículo 45.3 del Instrumento de Adhesión del Convenio de Compraventa Internacional de Mercaderías prohíbe al juez nacional la concesión de otros plazos pactados o especificados en la ley mercantil.

En definitiva, tal y como hemos señalado ya, el tiempo de ejecución y la certidumbre de este, es una cuestión esencial en la práctica comercial. En especial, teniendo en cuenta que el objeto de los contratos mercantiles, las mercancías, y en especial su valoración, no son estables en el tiempo y están sometidos, en muchos casos, a fuertes fluctuaciones, comprometiendo gravemente la rentabilidad de estas según el momento de ejecución elegido en el contrato.

Tenemos que citar el hecho de que algunos Reglamentos³⁸⁸ de Cortes han regulado la posibilidad de las partes de articular un recurso del laudo, lo que podríamos entender como una segunda instancia. A este respecto tenemos que señalar la escasa repercusión en la práctica procesal ha tenido dicha posibilidad, debido a que el arbitraje pierde unos de sus argumentos fundamentales, la celeridad en la resolución.

3. Relación jurídica entre el contrato principal de naturaleza mercantil y el contrato de arbitraje. Teoría de los contratos conexos

3.1. Introducción

Una de las consecuencias de la moderna práctica contractual comercial ha sido la aparición de una categoría de contratos de naturaleza nueva. Los contratos complejos, de configuración y naturaleza mixta o yuxtapuesta formada por la agregación de distintos contratos tradicionales, conforman nuevas relaciones jurídicas, en especial en el ámbito empresarial o comercial. Motivo por el cual la doctrina empieza a desarrollar la teoría de la conexidad contractual o contratos coaligados, muy estudiados en Europa por franceses³⁸⁹ o italianos³⁹⁰, y en Latinoamérica³⁹¹.

³⁸⁸ A modo de ejemplo, podemos citar el Reglamento de la Tribunal de Arbitraje de Valencia regula esta posibilidad en su artículo 33: “Sólo cuando las partes de mutuo acuerdo lo hubieran acordado expresamente, el Laudo arbitral será susceptible de un recurso de apelación, que dará lugar a un nuevo y completo examen del litigio.”

³⁸⁹ Les grups de contrats. Ver por todas la Sentencias de la Primera Sala Civil de la Court de Cassation, de 9 de octubre de 1979.

³⁹⁰ Il collegamento negoziale. Por todas la Sentencias de la Corte di Cassazioni de 29 de noviembre de 1973, nº 3284.

³⁹¹ Un ejemplo paradigmático es el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 (Arts. 1.073, 1074 y 1075) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, promulgado por Ley 26.994, de 7 de octubre de 2014. Regula los contratos conexos en el Capítulo 12 de su Título I, Libro Tercero, definiéndolos, “Artículo 1073. Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074”.

Son contratos que adquieren identidad global propia en función de un nexo funcional o finalista global relevante jurídicamente por estar en la naturaleza de dichos contratos o en el propósito global de los mismos. Únicamente tienen razón de ser en la medida en que existan y sean eficaces otros contratos.

3.2. El contrato mercantil y el contrato de arbitraje como contratos conexos

3.2.1. La conectividad contractual como excepción al principio de relatividad de los contratos

En los contratos sometidos a arbitraje conviven, tal y como venimos indicando, un conjunto de negocios jurídicos. El principal, que sustentará la relación jurídica prioritaria, y otros con los que, bajo la denominación de convenio arbitral, se desarrollará el procedimiento de solución de controversias surgidas de la relación jurídica principal. Entre ambas relaciones jurídicas, la principal y la procedimental arbitral, surge una suerte de conectividad causal que produce como efecto inmediato una excepción al principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1257 de nuestro Código Civil, matizando éste.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos si, a la luz de una interpretación absolutista del principio de relatividad contractual, los efectos de un incumplimiento cometido en sede de un contrato serían transmisibles a los otros, siendo responsable el autor de dicho incumplimiento y de los efectos negativos que dicho incumplimiento produjera en el resto de los contratos.

Pongamos un ejemplo para ilustrar lo dicho. Se produce la anulación de un laudo por infracción de los principios de independencia e imparcialidad del árbitro. La cuestión controvertida era la fijación por parte del árbitro³⁹² de la determinación del lugar y fecha donde tendría lugar la puesta a disposición³⁹³ de la mercancía en una compraventa

³⁹² Cuando nos referimos al “árbitro” nos estamos refiriendo también al órgano arbitral personal o “tribunal arbitral”.

³⁹³ Debemos tener presente que en el ámbito mercantil el concepto de “puesta a disposición” y el de “entrega” son dos conceptos que manifiestan distintos efectos jurídicos. La “puesta a disposición” significa el hecho de la transmisión jurídica, teniendo como efecto inmediato más importante, la transmisión de riesgos y costes del vendedor al comprador. La “entrega” supone la entrega física de la mercancía al

mercantil por parte del vendedor. El problema que se nos plantea es que, debido a la anulación del laudo, se produce la nulidad de todo el procedimiento arbitral y consecuencia de ello su repetición completa. Ante tales hechos podemos preguntarnos si el árbitro debería asumir las consecuencias de su incumplimiento, producidas en un contrato fuera de estricto contrato de arbitraje. Por ejemplo, debería asumir las consecuencias debidas a una ejecución tardía del contrato principal debidas a la ineficacia del laudo, teniendo muy presentes el hecho que las prestaciones de las partes se realizaría a un precio de las mercancías superior o inferior³⁹⁴ al previsto originariamente.

Si aplicáramos una visión estricta y absoluta del principio de relatividad de los contratos, la respuesta a la situación de hecho anterior debería ser negativa. El árbitro es un tercero con respecto a la relación principal. Bajo una óptica estricta de aplicación del artículo 1257 del Código Civil, nunca podría el árbitro responder más que de los efectos que su actuar hubieran producido en la relación contractual arbitral, que estarían circunscritos, en principio, a los costes procedimentales (abogados, peritos, costes propios del procedimiento, etc.).³⁹⁵

Pero el concepto estricto de relatividad contractual ha sufrido una cierta evolución hacia una flexibilización de este. Desde hace tiempo, nuestra doctrina más cualificada viene defendiendo una relativización del principio de relatividad contractual³⁹⁶, e incluso, como hace el profesor Díez-Picazo, hablando de una “eficacia refleja de contrato en relación con terceros”³⁹⁷. Para el profesor Díez- Picazo, esta “eficacia refleja”, se produce gracias al fenómeno de la conexión entre diversas relaciones jurídicas, como es el caso de los contratos mercantiles sometidos a arbitraje.

comprador. Ambos conceptos quedan perfectamente determinados en el artículo 333 de nuestro Código Comercio.

³⁹⁴Tenemos que tener muy presente en este tipo de relaciones mercantiles que el objeto de las mismas son las “mercaderías”, cuyo valor varía en el tiempo según su cotización en mercados organizados y estandarizados.

³⁹⁵ A este respecto ver la Sentencia de Tribunal Supremos de 21 de julio de 2021.

³⁹⁶Rodríguez González. J.I, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, p. 57.

³⁹⁷Díez-Picazo, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría general del contrato*, 6ª ed, Civitas, Cizur Menor, 2007.

Así, concluimos que en la actual contratación, en especial en el ámbito empresarial y comercial, las modernas relaciones jurídicas ya no se articulan a través de tradicionales contratos monolíticos (la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, el comodato). Por el contrario, se articulan a través de contratos cada vez más complejos, con una naturaleza jurídica caleidoscópica, fruto de la combinación de distintos contratos (*leasing*, franquicia, distribución, *factoring*, contrato de gestión de carteras financieras, contrato de crédito al consumo, entre otros). Pongamos, de nuevo, un ejemplo de lo que estamos señalando. El contrato de arrendamiento financiero regulado en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito³⁹⁸. Para el Tribunal Supremo, entre otras, por medio de la Sentencia de 5 de octubre del 2000, califica la causa del contrato de arrendamiento financiero como una causa mixta, financiera y comercial³⁹⁹. Un contrato mercantil sometido a arbitraje también es un contrato de naturaleza mixta, como ya hemos adelantado. Es un contrato mercantil en el cual mediante otro contrato las partes acuerdan, en primer lugar, la exclusión de la jurisdicción ordinaria en la resolución de sus conflictos y, en segundo término, establecimiento, mediante el procedimiento arbitral, de un sistema más acorde de solución de conflictos que cumpla mejor con sus expectativas, las cuales giran alrededor del “ánimo de lucro”.

Todo lo anterior tiene una enorme trascendencia ya que dichos efectos de conectividad contractual estarían planteando un posible dilema, entre entender que nos encontramos ante una responsabilidad contractual del árbitro o extracontractual del mismo. La distinción entre ambos tipos de responsabilidades no es baladí, ya que ambas tienen

³⁹⁸ Disposición adicional tercera. Operaciones de arrendamiento financiero. Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

³⁹⁹ STS de 5 de octubre del 2000. “La razón ontológica de la figura jurídica que explica e integra su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto, y, además, según la Disposición Adicional Séptima, apartado uno, de la Ley 26/88, su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica, porque precisa o desea dicha cosa y carece de soporte económico para adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el mecanismo de la opción de compra. En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible, es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver el *tatumdem*, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el "leasing" se financia directamente la adquisición del objeto...”.

distintos regímenes con respecto a la prescripción, la carga de la prueba y la determinación de daños.

3.2.2. Justificación de la existencia de conectividad contractual entre el contrato principal de naturaleza mercantil y el contrato de arbitraje

El contrato mercantil sometido a arbitraje es un claro ejemplo de contratos conexos, ya que como indica muy acertadamente el profesor Albaladejo, “un pacto arbitral es siempre accesorio de algo, de resolver o juzgar por los árbitros, porque sin ello no cabe arbitrar nada, y entonces el pacto es inútil, aunque no sean nulos”⁴⁰⁰.

Para la profesora López Frías, dicha dependencia puede ser bilateral, cuando la vinculación depende de la eficacia mutua o unilateral o bien cuando la vinculación no determina una eficacia mutua⁴⁰¹, como sería el caso del arbitraje por juego del principio de separabilidad.

La doctrina argentina debido a la regulación realizada del “contrato de árbitros”, en terminología francesa⁴⁰², en su nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado en 2014⁴⁰³, viene reconociendo unánimemente la existencia de la conectividad contractual entre el “contrato de árbitro” y el resto de las relaciones contractuales implicadas. Conectividad contractual regulada en el vigente Código Civil y Comercial en su artículo 1074, bajo la rúbrica “Contratos Conexos”⁴⁰⁴.

En España se reconoce con toda normalidad, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, la existencia de esta categoría de contratos, que suponen una reformulación de los tradicionales principios de los contratos como el principio de

⁴⁰⁰Albaladejo, M., “El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje”, *Actualidad Civil*, 1990, V, p.72

⁴⁰¹ López Frías, A., “Ventas de viviendas a consumidores y préstamos hipotecarios dirigidos a su financiación: ¿conexión contractual relevante?”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2017, p. 4

⁴⁰² Clay, T., “*L'arbitre*”, Editorial Dalloz, Paris, 2001, p. 475

⁴⁰³Art. 1662 de Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁰⁴ Guaia, C “El arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa”, citado por Caivano, R, en *RCCyC* n°143 de 2015.

relatividad contractual establecido por el artículo 1274 del Código Civil y el principio de autonomía contractual.

Tradicionalmente se ha venido concibiendo a cada tipo contractual como una institución separada y autónoma, pero nuestra doctrina científica no ha permanecido ajena a la implantación de la teoría de la imbricación contractual⁴⁰⁵. El profesor Federico de Castro indica que dicha dependencia contractual puede venir determinada por la ley o por la voluntad de las partes (caso del convenio arbitral).⁴⁰⁶

En la actualidad, el fenómeno de la vinculación contractual tiene su máximo exponente legislativo en los contratos de créditos al consumo⁴⁰⁷. En particular, lo prevenido en el art. 26 de la LCCC, que vincula la perfección de la compraventa a la concesión del crédito, siendo nulo el pacto en el contrato de consumo por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago para el caso de que no se obtenga el crédito previsto. Es un claro ejemplo de fractura del principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1257 del Código Civil.

Nuestra doctrina es unánime a la hora de calificar la vinculación jurídica contractual como un fenómeno muy heterogéneo⁴⁰⁸. Pese a ello, en todos los casos de conectividad, como hemos dicho, se identifican dos elementos comunes. Primero, una pluralidad de contratos, ya que, en aquellos supuestos donde existe un único contrato, es ocioso plantearse la existencia de vinculación, otro elemento conformador es el nexo funcional⁴⁰⁹, que significará, tanto para el Tribunal Supremo como para la doctrina, que habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde un punto de vista jurídico como independientes, derivándose de este hecho consecuencias jurídicas concretas como los efectos de la ineficacia o la

⁴⁰⁵ Jordano Barea, J., “Contratos mixtos y unión de contratos. Comentarios a la sentencia de Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950”, *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 321-339; Santos Briz, J., “Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 20, 1976, págs. 299-330; De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985; López Frías, A., *Los Contratos Conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Boch Editor, Barcelona, 1994.

⁴⁰⁶ De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 206.

⁴⁰⁷ Arts. 24, 26 y 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante LCCC).

⁴⁰⁸ López Frías, A. *Los Contratos Conexos*, cit. p. 271

⁴⁰⁹ In., ib., p. 282

transmisión de los efectos correctores del incumplimiento contractual de unos contratos a otros (acciones directas).

La jurisprudencia tampoco ha permanecido ajena al reconocimiento de la conectividad contractual como categoría jurídica autónoma dentro de la teoría general de los contratos. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de octubre de 1981, reconoce la existencia de una “vinculación contractual jurídicamente relevante” en los supuestos de hecho donde existen la concurrencia de prestaciones de diversos tipos en contratos mixtos o complejos.

Más recientemente, y en referencia a los contratos complejos de inversión (contratos de suscripción de obligaciones subordinadas), el Tribunal Supremo en su Sentencia 130/2019, de 24 de enero de 2019, mantiene la doctrina sobre la conectividad contractual establecida en sus sentencias de 22 de diciembre del 2009 y 10 de junio de 2010. Es importante que dediquemos unas líneas a esbozar el relato fáctico que subyace bajo las meritadas sentencias, para establecer unas coordenadas precisas con respecto al tema que nos ocupa. En ambas sentencias el supuesto de hecho es el mismo. ADICAE⁴¹⁰ demanda a Caja Rural del Mediterráneo, Rural Caja y Sociedad Cooperativa de Crédito, denominados “imposiciones a plazo fijo atípicas”. Tanto en Primera Instancia, como la resolución de la Audiencia Provincial, se reconoce la nulidad de dichos contratos por falta de información en la comercialización minorista de dicho producto. Hasta aquí, estamos narrando un devenir procesal propio de los años posteriores a la crisis de 2008.

Recapitulando y sintetizando el presupuesto fáctico, en definitiva, lo que tenemos son dos contratos supuestamente independientes, uno llamado “Imposición a Plazo Atípica” y otro denominado “Anexo II”, que contiene un contrato de compra de acciones con un determinado descuento sobre su valor de cotización. Dos contratos, según el principio de relatividad de los contratos, deberían tener efectos diferenciados, en especial con respecto a las partes firmantes. En ambas sentencias, el Tribunal Supremo entiende que ambos contratos, pese al principio de relatividad de los contratos, están vinculados. “Los contratos posteriores”, en clara referencia a los denominados “Anexos II”, “presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido

⁴¹⁰Asociación para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros.

la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, de este modo, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”. El Tribunal Supremo, en base a la existencia de una vinculación causal entre ambos contratos, reconoce que estamos ante un supuesto en el que un contrato es causa eficiente de otro. Este hecho determina un efecto jurídico especial, por el cual la nulidad del primero por desaparición de su propia causa determina la nulidad del segundo, efecto impensable desde la perspectiva clásica de la relatividad contractual. El Tribunal Supremo establece los elementos básicos para otorgar al concepto de contratos conexos la calificación de categoría jurídica, que serían:

- a) La existencia, una pluralidad de contratos distintos. En nuestro caso el contrato principal y el contrato de arbitraje.
- b) Una relación de causalidad entre ellos, donde debe existir un objetivo global que anude teleológicamente a dichos contratos, que es cuando dicha vinculación se tornará relevante. Como hemos argumentado, el contrato principal de naturaleza mercantil y el contrato de arbitraje tienen como causa teleológica el ánimo de lucro de la operación comercial subyacente. El primero, sentando las bases para su existencia, el segundo, para la conservación y protección eficiente del ánimo de lucro en caso de conflicto.
- c) ¿Cualquier relevancia sería suficiente? Dicha relevancia estribaría en la facultad de producir efectos jurídicos de unos contratos sobre otros, que, de no existir, no se produciría por aplicación del principio de relatividad contractual. Volviendo a traer lo dicho por el profesor Guasp⁴¹¹, el conflicto nacido en la relación principal sería el objeto y en cierta medida la causa del contrato de arbitraje.

⁴¹¹ Según Guasp, J., op. cit. 15.

En el supuesto de hecho enjuiciado, la nulidad del contrato denominado “E20” determina la nulidad del otro contrato autónomo “Anexos II”. Si no existiera dicha “vinculación eficiente” que serviría para alcanzar el propósito global de la operación, “enjuagar las pérdidas”, dicha transmisión de los efectos de la nulidad, de unos contratos a otros, en base al principio de relatividad, sería impensable.

Otro efecto de la existencia de una vinculación contractual relevante es el descrito en la Sentencia de 17 de junio de 2010. El Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, entiende que el daño producido por el incumplimiento de un contrato es resarcible en el seno de otro contrato si entre ambos existe vinculación causal. “El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal”.

En conclusión, evidentemente los contratos afectados por dicha conectividad tienen que contener los elementos básicos para su validez, los cuales vienen contenidos en el artículo 1261 del Código Civil, esto es, el consentimiento, el objeto y la causa. Pero es en el elemento causal sobre el cual nuestro Tribunal Supremo sustenta dicha conexión. Esta vinculación determina dos niveles causales la causa específica de cada contrato entendido individualmente y la causa global del negocio jurídico que se encuentra conformado por unos contratos autónomos, siendo en nuestro caso el ánimo de lucro. Dicho hecho se determinará por la vinculación de dichos contratos, en función del objetivo global que las partes quieren conseguir, y que determina lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan “vinculación relevante”.

Para el profesor Federico de Castro, la causa del contrato como negocio jurídico es “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales”. Desde un punto subjetivo, el fin que las partes pretenden conseguir, siendo dicho objetivo socialmente homologable y por lo tanto merecedor de la protección del ordenamiento jurídico; y desde un punto de vista objetivo, será el instrumento para medir la adecuación social del

resultado objetivo alcanzado por voluntad de las partes, determinando la validez o invalidez del negocio jurídico y su eficacia. En definitiva, para el profesor De Castro, la causa es aquello que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca y espera el amparo jurídico⁴¹².

El profesor Díez-Picazo afirma que la causa del contrato la encontramos en la respuesta a la pregunta *cur contraxit*, porque se celebró el contrato *causa contractus, causa negotii*. En definitiva, la función económico social del contrato⁴¹³, asumiendo por otro lado la tesis del profesor De Castro, por la cual se entiende la causa como la intención última de partes para alcanzar un determinado resultado empírico con efectos patrimoniales determinables para cada parte, concluyendo con ambos que, junto con una causa genérica y abstracta, nos encontramos con una causa empírica y concreta, las cuales deberán de existir para determinar la validez y eficacia del contrato. El contrato de compraventa tiene una causa abstracta, la transmisión de la propiedad de un bien o derecho a cambio de un precio. Pero el contrato de compraventa de un determinado bien mueble para revenderlo y lucrarse en la reventa, tiene una causa específica que determinará, entre otras cosas, la mercantilidad de la operación.

Todo lo anteriormente expuesto, trasladado al objeto de nuestro estudio, nos obliga a preguntarnos si en los contratos mercantiles sometidos a arbitraje se produce dicha conectividad jurídica. Como hemos afirmado, el Tribunal Supremo determina dos requisitos para la existencia de conectividad jurídica: en primer lugar, la existencia de una pluralidad de contratos y, en segundo término, que dichos contratos se encuentren unidos por una causa global vinculante. Requisitos que se encuentran presentes en los contratos mercantiles sometidos a arbitraje.

Nuestra doctrina reconoce la existencia de dichos elementos en los contratos sometidos a arbitraje⁴¹⁴. El profesor Albaladejo es tajante señalando, acertadamente, que “el pacto arbitral es siempre accesorio de algo a resolver o juzgar por los árbitros, porque sin ello

⁴¹² De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, cit. p. 191-192.

⁴¹³ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol I, 6ª ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pág. 273.

⁴¹⁴ Albaladejo García, M., “El artículo 8 de la nueva Ley de arbitraje”, en *Actualidad Civil*, nº 1, 1990, pp. 69-75; Lopez Frías, A., *Los Contratos Conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*” José María Boch Editor, Barcelona, 1994, p. 41.

no cabe arbitrar nada, y entonces el pacto es inútil, aunque no sea nulo”. Se manifiesta de esta forma con referencia a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, antecedente legal de la vigente Ley de Arbitraje del 2003. Lo dicho, en virtud del sistema continuista asumido por la Ley de Arbitraje vigente, es perfectamente aplicable en la actualidad⁴¹⁵.

⁴¹⁵ La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 pone de relieve su carácter continuista con respecto a la Ley de 1988 “El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley. En líneas generales, la ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos”.

CAPÍTULO VI. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ARBITRO EN SEDE DEL CONTRATO ARBITRAL SOBRE EL CONTRATO MERCANTIL SOMETIDO A ARBITRAJE. LA REGLA DE LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO COMO METODO DE RESARCIMIENTO Y SUBSANACIÓN DE LOS DAÑOS.

1. Introducción

El incumplimiento siempre está relacionado con el quebrantamiento de expectativas sobre una obligación asumida previamente. Cuando dicha obligación nace en el seno de un negocio jurídico estamos hablando de una obligación jurídica y de su incumplimiento, jurídico que traerá consecuencias jurídicas. El ordenamiento jurídico pondrá en funcionamiento todas aquellas medidas que supondrán un reequilibrio de las expectativas de las partes perdidas o gravemente alteradas por el incumplimiento.

Nadie duda a estas alturas sobre la naturaleza contractual del arbitraje. En especial, después de las trascendentales sentencias del Tribunal Constitucional que establecen los justos perfiles conceptuales de la configuración del arbitraje. El término “equivalente jurisdiccional”⁴¹⁶ queda ahora circunscrito a los efectos del laudo, ejecutoriedad y cosa juzgada, debido a su naturaleza cuasi-jurisdiccional. El arbitraje es, en la actualidad, un contrato cuyos efectos se les reconoce trascendencia procesal. Las partes consiguen mediante el procedimiento de arbitral unos efectos equivalentes a la sentencia judicial. El incumplimiento de las obligaciones nacidas a raíz del negocio jurídico del arbitraje debemos considerarlo como incumplimiento contractual.

En base a las dos premisas de nuestra investigación, que recordemos que, por un lado, se encuentra la naturaleza jurídica contractual del arbitraje, y, por otro, el análisis de las consecuencias del incumplimiento de los deberes del árbitro de independencia e imparcialidad sobre el contrato principal y la obligación de resarcimiento de los posibles daños producidos, en sede del contrato principal, al árbitro incumplidor, propondremos,

⁴¹⁶Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero. El Tribunal Constitucional se aclara así mismo diciendo que el arbitraje es un medio heterónomo de solución de conflictos basado en la autonomía de voluntad vinculándolo con el artículo 10 de CE. Dicho negocio jurídico de heterocomposición despliega unos determinados efectos (ejecutoriedad y cosa juzgada), son estos efectos los que hacen del laudo un equivalente de la sentencia, pero no el arbitraje.

como remedio idóneo para subsanar los efectos negativos de dicho incumplimiento, la operación de reemplazo como técnica de cobertura.

Dicha transmisibilidad de efectos es posible, como hemos analizado, gracias a la existencia de una conectividad jurídicamente relevante entre ambos. El profesor Díez-Picazo, al respecto, afirma “Puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de los terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas”⁴¹⁷. En definitiva, si los efectos típicos de un contrato como el cumplimiento se pueden repercutir entre dos contratos conexos, de igual forma pueden ser repercutibles los efectos de un incumplimiento.

Por otro lado, la doctrina jurisprudencial también reconoce la posibilidad de repercusión de efectos, positivos o negativos, en aplicación de la teoría de la conexión contractual gracias a la existencia de una causa relevante jurídicamente común. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de junio de 2010 es cristalina. En aplicación del artículo 1303 del Código Civil establece que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguiente”. El Supremo entiende que el daño producido por el incumplimiento de un contrato es resarcible en el seno de otro contrato si entre ambos existe vinculación causal: “El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal”.

Una sentencia estimatoria de la acción de nulidad del laudo, sustentada en la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad por infracción del orden público procesal, tiene como efecto esencial la nulidad de laudo, la cual, produciría la nulidad de todo lo actuado retrotrayendo lo actuado al inicio del procedimiento arbitral. Dicha nulidad afecta negativamente al programa contractual de todos los contratos implicados (contrato principal, contrato de arbitraje y contrato arbitral). En aplicación de la doctrina del Supremo dicha implicación, en base de la teoría de la conectividad contractual, adquirirá relevancia jurídica. Dicha conectividad determinará la transmisión de efectos y

⁴¹⁷Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Thomson-Civitas, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007

su responsabilidad. El Tribunal Supremo la califica como responsabilidad contractual ubicándola en el artículo 1303 del Código Civil y no en sede del artículo 1902.

Nos corresponde a continuación, gracias a la existencia de una vinculación relevante (ánimo de lucro), establecer las bases para entender que existe transmisibilidad de los efectos del incumplimiento entre el contrato principal y el conglomerado contractual denominado convenio arbitral. En particular nos estamos refiriendo a los efectos que tendría la nulidad del laudo, determinada por el incumplimiento de los deberes contractuales de independencia e imparcialidad del árbitro. Dicho incumplimiento y posterior nulidad del laudo obligaría a las partes a repetir todo el procedimiento arbitral, con el consecuente retraso de la solución conflictual.

¿Ante qué tipo de incumplimiento nos encontramos? ¿Los efectos de dicho incumplimiento pondrían afectar al contrato principal, máxime, cuando en nuestro análisis lo estamos circunscribiendo al ámbito de la contratación empresarial, donde el plazo de cumplimiento de las obligaciones en la mayoría de los casos es esencial? ¿Podríamos resolver un contrato mercantil por el incumplimiento producido en el contrato arbitral inserto y conectado a él? ¿Podríamos, como compradores o vendedores, sustituir las mercancías no recibidas o el precio no recibido, a través de operaciones de cobertura? A todos estos interrogantes intentaremos responder a continuación.

2. Cuestiones generales sobre el incumplimiento contractual

2.1. Concepto

El primer paso para responder a los interrogantes que hemos dejado planteados es perfilar conceptualmente lo que se entiende por incumplimiento contractual y su evolución reciente, debido fundamentalmente a la ósmosis entre las regulaciones internacionales en y nuestro ordenamiento interno. Este proceso está siendo especialmente relevante en el campo de las obligaciones y de los contratos. El Tribunal Supremos está siendo un actor destacado en dicha evolución. Dicho proceso evolutivo utiliza nuevos esquemas jurídicos para la evolución de tradicionales y “sacrosantos” principios jurídicos internos⁴¹⁸. Por

⁴¹⁸Un ejemplo paradigmático lo tendríamos en la Sentencia de Tribunal Supremo, de 30 de junio 2014, que realiza una nueva determinación de la “*rebus sic stantibus*” sobre la base de la regulación del mismo en la

otro lado, la evolución legislativa evoluciona más lento, limitándose en la actualidad a simples propuestas de actualización como la realizada por la Comisión de Codificación a través de la última Propuesta para la Modificación del Código Civil en materia de Contratos y Obligaciones⁴¹⁹.

El artículo 1258 del Código Civil establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Una vez perfeccionado el contrato es de obligado cumplimiento por las partes a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias naturales del mismo, en definitiva, no solo a las expectativas expresamente pactas, sino a todas aquellas esperadas según su naturaleza en base a la buena fe, al uso y a la ley.

En cambio, nuestro Código Civil no realiza una definición de incumplimiento, dicho concepto lo extraeríamos del artículo 1258 a “sensu contrario” y del artículo 1124 del Código Civil que con respecto a las obligaciones recíprocas señala que: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”.

2.2. Evolución del incumplimiento contractual resolutorio

La resolución del contrato es la consecuencia más radical que el ordenamiento jurídico reconoce a determinados incumplimiento. El supuesto de hecho que nos ocupa, debido al efecto que determinará dicho incumplimiento sobre la nulidad del laudo, se ubicaría conceptualmente dentro de los incumplimientos resolutorio por aplicación del artículo 1303 del Código Civil y 40 y 41 de la Ley de Arbitraje.

moderna regulación de los contratos internacionales, estableciendo que: “En esta línea, para los principios Unidroit la imprevisibilidad deriva de que los acontecimientos, no debieron haber sido previstos "por la parte en desventaja, ni de que cayeran en su esfera de control". Los principios de Derecho Europeo de la Contratación (PELL) la configuran respecto de que dicho cambio "no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato".

⁴¹⁹Propuesta para la Modificación del Código Civil en materia de Contratos y Obligaciones en su última versión de 2023.

Desde antiguo, incluso antes de la aprobación del actual Código Civil es constante la doctrina del Tribunal Supremo sobre el hecho que no cualquier incumplimiento desencadena la resolución del contrato. Será necesario un incumplimiento de determinada intensidad para calificarlo de resolutorio. En la actualidad nuestro alto Tribunal sigue manteniendo la misma postura al respecto⁴²⁰.

El Tribunal Supremo a lo largo de siglo pasado evoluciona con respecto al incumplimiento resolutorio, desde una posición inicial basada en un claro subjetivismo, donde la voluntad deliberadamente rebelde del incumplidor era la piedra de clave sobre la cual giraba toda la estructura intelectual con respecto al concepto de incumplimiento resolutorio, hasta posiciones como las actuales, mucho más objetivas basadas la frustración de las expectativas contractuales de las partes⁴²¹.

Se van perfilando, junto a las causas resolutorias basadas fundamentalmente en la frustración de la prestación debida, otras basadas no tanto en el ámbito prestacional estricto, si no en un ámbito de intereses o expectativas. Dicha evolución tiene como causa próxima la asunción por parte de nuestro Tribunal Supremo de criterios interpretativos más propios del Derecho uniforme internacional⁴²², en concreto, con respecto a la teoría general de las obligaciones y los contratos comerciales⁴²³.

En referencia a lo anteriormente expuesto, tendríamos la Sentencia de 26 de noviembre de 2007, donde nuestro Supremo declara abiertamente que “la jurisprudencia a la hora de aplicar e interpretar el artículo 1124 del Código Civil ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales”⁴²⁴.

⁴²⁰Podemos citar entre, otras muchas, las Sentencias 12 de abril de 2012, 26 y 13 de octubre de 2010, las importantísimas Sentencias de 18 de noviembre de 2013 y 24 de enero de 2014, referentes de Sentencia más actuales Sentencia 11 de septiembre del 2019, y entre otras, la de 13 de abril del 2021.

⁴²¹La Sentencia de Supremo de 2 de diciembre 1993, entre otras, es especialmente taxativa al respecto, al señalar que “ la rebeldía del incumplimiento se ha aclarado en el sentido de que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria, no sanada por una justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato.

⁴²²En especial, desde nuestra adhesión al Convenio de la Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

⁴²³Broseta Pons, M. y Martínez Sanz, F. “Teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles”, en *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, p. 64.

⁴²⁴En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de 17 de marzo de 2011, que destaca que “basta atender el dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por casusa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar el fin del contrato.”

En conclusión, el Tribunal Supremo ha pivotado, desde centrar toda la carga del incumplimiento en el deudor en su voluntad recalcitrante de incumplimiento de la prestación contractual a anclarla en la frustración de las legítimas expectativas del acreedor, que en el caso de un contrato mercantil están materializadas en el ánimo de lucro de la operación económica subyacente.

2.2.1. La irrupción en nuestro ordenamiento jurídico del concepto de “incumplimiento esencial”.
La frustración del interés del acreedor como elemento determinante

En toda relación contractual se encuentran comprometidos una serie de intereses, divergentes al principio y luego convergentes gracias a la negociación implícita en todo contrato. El contrato de compraventa es un claro ejemplo. Los programas contractuales de las partes tienen un fin común, la obtención del ánimo de lucro (comprar para revender y lucrarse en la reventa). Sea cual sea la relación jurídica de la que nos ocupemos, esta contendrá unas series de intereses, debidamente equilibrados en el momento de su conformación o perfeccionamiento del contrato. Cuando este equilibrio se rompe, por la existencia de un incumplimiento, indudablemente las expectativas de las partes con respecto al resultado deseado se frustran, concretándose dicha frustración en un perjuicio de naturaleza patrimonial.

El Tribunal Supremo influenciado, como hemos dicho ya, por los estándares internacionales contractuales, en especial el *hardlaw* que representa el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías y el *softlaw* cuyos textos más importantes serían los Principio UNIDROIT y en el ámbito europeo, los Principios de Derecho Contractual Europeo PELL⁴²⁵. Esta asunción de estándares internacionales e instituciones jurídicas por parte del Tribunal Supremo no se limitan solo al ámbito del incumplimiento, también se incorporan determinados remedios utilizados en la contratación internacional para subsanar los efectos negativos de la frustración contractual como, por ejemplo, la aceptación de los contratos de cobertura⁴²⁶.

⁴²⁵Sin ánimo de ser exhaustivo podemos reseñar la Sentencias del Tribunal Supremo, pioneras a este respecto, de 3 de diciembre de 2008, 22 de diciembre del 2006, y con respecto a los Principios de Derecho contractual europeo (PELL), 3 de diciembre de 2008, 30 de diciembre de 2008 o 22 de diciembre de 2006. También por su importancia con respecto al evolución de la “*rebus sic stantibus*” debemos citar la Sentencia de 15 de octubre de 2014 y 15 de enero de 2019.

⁴²⁶El Tribunal Supremo por Sentencias de 23 de mayo de 2005, 1 de julio de 2013, 4 de julio del 2000 y 5 de marzo de 2014, da carta de naturaleza como remedio ante el incumplimiento contractual mercantil a la “venta en sustitución” y a la “compra en reemplazo”, operativa contractual no regulada específicamente

El Tribunal Supremo en su Sentencia, de 18 de noviembre de 2013, así como en la posterior de 29 de enero de 2014, incorpora con fuerza a nuestra práctica contractual el concepto de “incumplimiento esencial”. Concepto vinculado no tanto a un incumplimiento prestacional estricto, sino más bien vinculado con el objeto teleológico que todo contrato posee, produciendo “una frustración del fin de contrato”⁴²⁷.

La aparición del “incumplimiento esencial” en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso espontáneo, la Sentencia de 18 de mayo de 2012, por la cual todavía el Supremo basaba el presupuesto legal para aplicar la *exceptio non adimplendi contractus* sobre el estricto cumplimiento en base a la exactitud del principio de prestación debida, pero introduciendo ya, aunque tímidamente, el concepto “interés del acreedor”⁴²⁸. El Supremo en dicha Sentencia empieza a relacionar el término “exacta prestación” con el término “interés del acreedor” abriendo el camino a la ubicación del incumplimiento esencial dentro de los incumplimientos con trascendencia resolutoria. Estableciendo dos planos, uno objetivo, ubicado en el plano prestacional del propio contrato y otro, subjetivo unido a las “expectativas contractuales”, tan presente en el ámbito mercantil (compra para revender y lucrarse en la reventa)⁴²⁹.

A este respecto, es importante también citar la Sentencia de 8 de enero de 2013, ya que establece de una manera clara y precisa las diferencias entre la excepción de cumplimiento, como la facultad de suspensión del pago establecida en el artículo 1.502 del Código Civil y el incumplimiento resolutorio. En primer lugar, el Supremo reconoce la existencia de una cierta conexión entre ambas instituciones, “como si de una modalidad de esta última (refiriéndose a la *exceptio non adimpleti contractus*)”, pero solo para el caso de que el referido peligro de impago esté configurado en el programa prestacional como una obligación esencial y no meramente accesorio o complementaria. En caso contrario, en el que las partes no hubieran reconocido en el contrato la esencialidad de las

por nuestro ordenamiento jurídico-mercantil de claros perfiles internacionales, regulados en los arts. 9:506 y 9:507 de los Principio de Derecho Europeo de los Contratos (PELL) Y ART. 7.4.5 de lo Principio UNIDROIT.

⁴²⁷El inicio de esta doctrina jurisprudencial la podemos encontrar en las Sentencias de 24 de abril de 2012 y 21 de marzo 2012, que introducen en el ámbito del incumplimiento resolutorio términos como “quiebra de la finalidad económica del contrato”, “que se malogren la legítimas aspiraciones de la contraparte”

⁴²⁸Sentencia de 18 de mayo de 2012, “por cumplimiento de la obligación debe entenderse todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor.”

⁴²⁹Según lo establecido para la compraventa mercantil el artículo 325 de Código de Comercio que establece, “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, **con ánimo de lucrarse en la reventa** (negrita nuestra).”

obligaciones, cumplimiento, “su contraste resulta improcedente a los efectos de la excepción de cumplimiento que centra su valoración, precisamente, en la adecuación o exactitud del cumplimiento realizado respecto del programa de prestación acordado. De ahí que, en estos casos, el fundamento de la facultad de suspender el pago del precio, como garantía o medida de protección legalmente prevista, responda más bien al carácter sinalagmático del contrato de compraventa y a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones debidas en la medida en que la perturbación sufrida, o el riesgo fundado de padecerla, cuestiona el cumplimiento satisfactorio de la contraparte y, con ello, el juego normal de la reciprocidad resultante, que puede quedar en suspenso; caso similar al previsto en el artículo 1467 del Código Civil que permite al vendedor retener la cosa vendida, si con posterioridad a la venta, descubre o tiene conocimiento fundado del riesgo de insolvencia del comprador,”. En conclusión, mientras que la excepción de cumplimiento se centra en la falta de ejecución de la prestación debida, ya sea por incumplimiento total o parcial (incumplimientos defectuosos), la excepción por incumplimiento se centra en la esencialidad de dichas obligaciones.

En la actualidad los incumplimientos resolutorios estarían divididos en dos grupos, aquellos relacionados con el incumplimiento prestacional de la obligación y otros, relacionados con la esencialidad de las obligaciones implicadas afectando al programa contractual establecido por las partes o las legítimas expectativas albergadas por las partes en el momento de comprometerse.

3. Naturaleza jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro

3.1. Introducción

Debido a la naturaleza híbrida de los principios-deberes de independencia e imparcialidad, el incumplimiento de estos deberes debemos analizarlo a través de dos enfoques, haciendo especial referencia al solapamiento que a lo largo del procedimiento arbitral se produce entre los principios procedimentales, recogidos en el artículo 24 de la

Ley de Arbitraje (igualdad, audiencia y contradicción), y los deberes de independencia e imparcialidad arbitral, regulados en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje.

Con respecto a su función heterocompositiva de conflictos, incluidos en los principios del artículo 24 de la Ley de Arbitraje formarían, como ya hemos dicho en su momento, parte de los criterios de homologabilidad del arbitraje como medio heterocompositivo de solución de conflictos, donde se encontraría implicado el orden público procesal. Homologación que es imprescindible para poder reconocer al arbitraje como excepción al artículo 117 de la Constitución, que establece la exclusividad jurisdiccional ordinaria de juzgar y ejecutar lo juzgado. Una segunda consideración, como parte del contenido obligacional del contrato de arbitral, vía artículo 17 de la Ley de Arbitraje, de la cual, estableceríamos al incumplimiento de los mismos como incumplimiento contractual, causa eficiente de la responsabilidad contractual del árbitro.

La Ley de Arbitraje de 2003, en su artículo 24, establece los principios rectores del procedimiento arbitral. Será el principio de igualdad⁴³⁰, como hemos dejado dicho, el una a los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro con el orden público procesal que debe regir todo mecanismo heterocompositivo.

Esto es consecuencia directa del hecho por el cual el arbitraje comparte con la jurisdicción la función declarativa y ambos sistemas deben responder a unos mínimos de homologabilidad constitucional. Para que esto sea así, el procedimiento arbitral tiene que estar estructurado sobre los mismos principios esenciales que el proceso jurisdiccional⁴³¹. Sirviendo, por ello, la vulneración de dichos deberes de base para articular la acción de nulidad del laudo.

⁴³⁰Artículo 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁴³¹Cortes Domínguez, V., “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales”, De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. (coords.), en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 422.

3.2. Naturaleza jurídica de la obligación por parte del árbitro de permanecer independiente e imparcial durante todo el procedimiento

La obligación principal del árbitro se encuentra consagrada en el artículo 21 de la vigente Ley de Arbitraje, se concreta en el terreno obligacional en la mención del artículo 21 al referirse a “cumplir fielmente con el encargo”.

Para el profesor Rivero Fernández, este deber de fidelidad, al que queda sometido el árbitro, determinará, que en lugar de encontrarnos ante obligación de medio nos encontremos ante una obligación de resultado. La actividad que desarrolla el árbitro no es el desarrollo de una mera actividad jurídica, sino consiste en emitir un laudo en tiempo, forma y ejecutable sobre una determinada controversia⁴³².

Junto a esta obligación típica del árbitro nos encontramos con una serie de obligaciones mediales. El árbitro está obligado a llegar a ese resultado observando los trámites y garantías de un procedimiento legamente establecido. Es imprescindible que el laudo pese a ser correcto formalmente (obligación típica), cumpla con otros requisitos que completan la obligación del árbitro de cumplir “fielmente con el encargo”, tal y como obliga la Ley de Arbitraje en su artículo 21. Dichas obligaciones de medios serían: que haya sido dictado con independencia e imparcialidad, artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje; que dicte en el plazo establecido por las partes o en el Reglamento de la Corte, dada la esencialidad del término en el contrato de arbitraje⁴³³.

La esencialidad del término en el contrato de arbitraje tiene una conexión esencial con la esencialidad del término en el contrato mercantil.

Los deberes de independencia e imparcialidad debemos entenderlos como obligaciones esenciales contractuales, tal y como hemos argumentado en el capítulo correspondiente, y por lo tanto deben ser consideradas como obligaciones instrumentales, debiendo calificarlas jurídicamente como obligaciones de medios. Debemos entender que, debido a los efectos de la vulneración de dichos deberes sobre orden público, los efectos del contrato arbitral no se agotan con la mera aplicación de la ley *artis ad hoc*, sino que la prestación se agota mediante la obtención de un resultado determinado. A dicho objetivo, se llegará a través de un procedimiento que cumpla con todas las garantías legalmente

⁴³²Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4220

⁴³³Id.ib., p. 4222

establecidas. El arbitraje funcionalmente estaría compuesto por la decisión (laudo) y el procedimiento.

3.3. Calificación jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad se encuentra en la órbita de los incumplimientos contractuales y que dicha obligación podemos calificarla como esencial en el contrato arbitral, debemos ocuparnos de establecer la calificación jurídica de dicho incumplimiento y determinar el posible efecto resolutorio del mismo.

3.3.1. Intensidad del incumplimiento

Es conocida y constante la doctrina del Tribunal Supremo en referencia a que no todo incumplimiento puede ser entendido como resolutorio, será necesario que dicho incumplimiento sea de una intensidad determinada para que produzca el efecto resolutorio.⁴³⁴

Por otro lado, la doctrina arbitral es unánime al señalar que la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad en el procedimiento arbitral implicaría una grave vulneración del orden público procesal. Deberes que garantizará, entre otros, que las partes cuenten con las mismas oportunidades de defensa, fundamento del principio de igualdad⁴³⁵.

Por su parte el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 76/1999, de 26 de diciembre, y 178/2001, de 17 de septiembre, configura al principio de igualdad como igualdad de armas. Esta paridad de armas supone que todas las partes procedimentales tengan las

⁴³⁴Podemos citar entre, otras muchas, las Sentencias 12 de abril de 2012, 26 y 13 de octubre de 2010, las importantísimas Sentencias de 18 de noviembre de 2013 y 24 de enero de 2014, referentes de Sentencia más actuales Sentencia 11 de septiembre del 2019 y, entre otras, la de 13 de abril del 2021.

⁴³⁵Cortes Domínguez, V., cit. *Comentarios...*, p. 429; Tomas Martínez, G., cit *Comentarios.....*, p. 616; Díez-Picazo Ponce de León, I., cit... *Comentarios.....*, p.375; Cainzos, J.A., “Comentarios al artículo 24” en coordinador González-Bueno, Carlos, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 447; Barona Vilar, S., “Comentarios al Artículo 24”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Civitas. Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1124. Chocrón Giráldez, A.M., *Los principios procesales en el arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 77.

idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, lo cual no implica que una de las partes tenga más extremos que probar. Es el árbitro, con su proceder independiente e imparcial, quien velará por el cumplimiento del principio de igualdad, como acertadamente señalaba la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de noviembre del 2000. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 36/2018, de 13 de noviembre de 2018, asumiendo la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional manifestada en su Sentencia 9/2005, afirma rotundamente “es indudable que quienes someten sus controversias a arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro”. En conclusión, el árbitro al igual que el juez debe ser neutrales durante el procedimiento o el proceso y parciales a la hora de decidir en el laudo o en la sentencia.

Luego la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad sería de tal intensidad que afectarían el propio sustrato teleológico del contrato arbitral y del contrato de arbitraje, afectando al concepto mismo de procedimiento arbitral como procedimiento heterocompositivo de resolución de conflictos y por tanto homologable con la jurisdicción ordinaria, vulnerando los principios básicos fundamentales de una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho⁴³⁶.

En base a todo lo anteriormente argumentado, podemos afirmar que el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad tienen la suficiente entidad para ubicarlo como incumplimiento con transcendencia resolutoria.

⁴³⁶Esta configuración de los principios de independencia e imparcialidad como elemento esencial del juicio jurisdiccional y arbitral es base esencial de los modernos sistemas jurídicos en los que se basa el Estado de derecho. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) consagra el derecho de toda persona a que su controversia sea resuelta por un juez independiente e imparcial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sus Sentencias de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin, exigen del juez nacional dos conductas, ya que, no podrá asumir procesalmente funciones de parte y tampoco realizar actos ni mantener con las partes del proceso relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa posición anímica o en su contra.

3.3.2. Encuadramiento jurídico del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad arbitral en el contrato arbitral

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en especial desde las sentencias de Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 y de 29 de enero de 2014, entienden que en la actualidad debemos entender que dentro de los incumplimientos resolutorios, dos categorías, incumplimientos prestacionales e incumplimientos esenciales.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2013 define al incumplimiento esencial como : “La categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, más bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales previamente programados y, en su caso, implementados conforme al principio de buena fe contractual, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Instrumentación técnica que concuerda, por lo general, con las expresiones al uso ya en relación a la privación sustancial de “todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado”, en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del “fin práctico” perseguido, de la “finalidad buscada” o de las legítimas expectativas” planteadas.”. El Tribunal Supremo relaciona los incumplimientos esenciales con el intereses del acreedor o expectativas.

El incumplimiento prestacional queda referenciado o enmarcado al juego de las obligaciones principales del contrato. Solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio. Sin embargo, el incumplimiento esencial por su parte alzaría al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si se infiere, del contrato o la ley, que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato.

Como hemos indicado, la obligación típica del contrato arbitral viene recogida en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje. El árbitro deberá “cumplir fielmente el encargo”⁴³⁷.

El “encargo”⁴³⁸ vendría identificado con la voluntad de las partes dirigida a solicitar al árbitro una manifestación decisoria sobre una controversia determinada (laudo). El adjetivo “fiel”⁴³⁹ significaría la confianza en que esa decisión cumple con unos estándares jurídicos y éticos mínimos. Dicho de otro modo, el procedimiento a través del cual se llega a esa decisión se ha conformado debe cumplir escrupulosamente con unos requisitos procedimentales mínimos legalmente establecidos. Estos principios vienen establecidos en el artículo 24 de la Ley de Arbitraje (igualdad, contradicción y audiencia).

El resultado no consistiría solo en la emisión de un laudo formal, que sería el resultado material, sino a un resultado jurídicamente correcto que no tiene que coincidir con un resultado correcto o justo, sino legalmente correcto.⁴⁴⁰ Los árbitros, al igual que los jueces, no están obligados al acierto en sus decisiones ni tan siquiera a una solución objetivamente justa. Solo están obligados a actuar con diligencia para acertar.

Como conclusión y resumiendo, debemos afirmar que en el caso del incumplimiento por parte del árbitro de los deberes contenidos en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, en especial los deberes de independencia e imparcialidad, nos encontraríamos ante un incumplimiento prestacional. El arbitraje es decisión y procedimiento, ambos conceptos que están íntimamente unidos en el ámbito prestacional, tanto del contrato de arbitraje como en el contrato arbitral.

⁴³⁷Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4220

⁴³⁸De Angel Yagüez, R., “Artículo 21”, en Prats Albentosa (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, L., La Ley, 2013, Madrid, p. 480.

⁴³⁹Salas Sánchez, P., “Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales”, en Ruiz Risueño, F. y Fernández Rozas, J.C. (coord.), *El Laudo Arbitral*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2021, p. 30.

⁴⁴⁰Rivero Fernández, F, “Incumplimiento y ...”, op. cit., p. 4222

3.3.3. Tipificación jurídica de los efectos del incumplimiento en sede del contrato arbitral con respecto al contrato principal de naturaleza mercantil

3.3.3.1. Contextualización de la cuestión

Una vez determinada la naturaleza jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro en sede del contrato arbitral como incumplimiento prestacional y dejado justificado que los negocios jurídicos que forman parte del convenio arbitral (contrato de arbitraje y contrato arbitral), se encuentran, tal y como hemos expuesto en el capítulo correspondiente, jurídicamente conectados con el contrato en el cual se encuentra inserto, totalmente o por referencia⁴⁴¹. Por todo ello, los acontecimientos críticos como el incumplimiento en uno de los contratos, no puede ser inocuo con respecto al resto de las relaciones contractuales.

La nulidad de un laudo en base a un incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del árbitro, como hemos visto, conlleva irremisiblemente ineficacia jurídica de todo lo actuado y con ello aboca a las partes a la repetición de todo el procedimiento retrasando la ejecución del contrato. A este respecto debemos hacer una salvedad, la acción de nulidad del laudo no se constituye en un requisito previo obligatorio de la acción de responsabilidad del árbitro por incumplimiento. Ambas acciones son independientes una de la otra. Ahora bien, siendo esto verdad, existen evidentes ventajas prácticas en el hecho de accionar primero la acción de nulidad del laudo, ya que es un medio muy eficaz de fijar previamente elementos tan importantes como establecer los criterios de imputabilidad⁴⁴² del árbitro de cara al ejercicio de la acción de responsabilidad.

⁴⁴¹A este respecto el artículo 9 de la Ley de Arbitraje establece que, “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente”.

⁴⁴²En el dolo como forma de imputación de la responsabilidad basta con que la parte incumplidora se aparte conscientemente del programa contractual. Será consustancial a la determinación de la nulidad del laudo la consciencia por parte del árbitro de su incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad. Por otro lado, podríamos equiparar con respecto a la responsabilidad contractual, el dolo a la mala fe en base a los artículos 1107, 1476, 1488, 1662, 1818 del Código Civil todos ellos en referencia al deudor de mala fe.

La culpa o negligencia, para esta forma de imputación de la responsabilidad basta con que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato.

El artículo 21 de la Ley de Arbitraje exige, con respecto a la culpa o negligencia del árbitro, que esta sea grave unido al término temeridad propia del ámbito Penal o Procesal con referencia a las costas.

Esta regulación que pretende ser protectora e incentivadora de la práctica arbitral. En la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje 2003, en su paso por el Senado, una de las enmiendas presentadas al

Luego dicho incumplimiento, cometido en sede arbitral, puede tener consecuencias económicamente negativas en el contrato principal en términos de rentabilidad de este. Esas consecuencias deben ser resarcidas, pero el causante de las mismas se encuentra fuera del ámbito estricto de la relación principal. Las partes en conflicto no pueden actuar una contra la otra, ya que no son las causantes de dichos daños. Es el árbitro que por el incumplimiento del contrato arbitral es el causante de dichos daños. Como consecuencia de la existencia de una vinculación entre ambos planos contractuales, la responsabilidad el árbitro no la ubicaremos en la responsabilidad extracontractual, sino contractual.

3.3.3.2. Análisis de las relaciones contractuales surgidas entre el contrato arbitral y el contrato principal desde la perspectiva de la conectividad contractual

En los contratos mercantiles sometidos a arbitraje, dado la naturaleza contractual de este último, nos encontramos ante dos planos contractuales diferenciados. Uno aquel que estructura la prestación principal en referencia a la relación comercial principal y otro, denominado de arbitraje, que establece un mecanismo especial, elegido por las partes en base a su libre determinación, para la resolución de los conflictos generados en la configuración, interpretación y ejecución del principal en el que la predeterminación de la solución tanto la fecha como en plazo supone el motivo esencial de dicha elección.

La doctrina de la conectividad contractual entiende que, pese al principio de relatividad de los contratos, estos se encuentran vinculados y podrían considerarse en ciertos aspectos como un único contrato. Estarán causalmente vinculados, en virtud de un nexo causal. Causa que, en nuestro caso, quedaría concretada en el “ánimo de lucro”. Las partes entienden que el arbitraje supone, dada la previsibilidad temporal de la resolución, un mecanismo más eficiente y eficaz que la jurisdicción ordinaria a la hora de proteger la rentabilidad de negocio. Luego el ánimo de lucro formaría es la causa eficiente ⁴⁴³ necesaria para la existencia del fenómeno jurídico de la conectividad contractual. En este sentido, la jurisprudencia ha venido reconociendo a la conectividad contractual como

Proyecto de Ley, en clara referencia al texto originario del artículo 21 dice “la enmienda del Senado al apartado 1 pretende favorecer e incentivar el desarrollo de los procesos arbitrales.

⁴⁴³Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964 “cuando la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”

categoría jurídica autónoma dentro de la teoría general de los contratos como argumentamos más extensamente en el capítulo precedente.

El Tribunal Supremo⁴⁴⁴, en base a dicha vinculación causal entre diferentes contratos, reconoce que estamos ante un contrato en el que sería la causa eficiente del otro. Por otro lado, el Tribunal Supremo establece⁴⁴⁵ la existencia de una “vinculación contractual jurídicamente relevante” en los supuestos de hecho donde existen la concurrencia de prestaciones de diversas en los contratos mixtos o complejos. Para el contrato principal sería la propia de cada tipo de contrato, en el caso del ejemplo utilizado, “comprar para revender y lucrarme en la reventa” y el contrato de arbitraje “cumplir fielmente el encargo”⁴⁴⁶.

En la doctrina del Supremo dictada al respecto, podemos reconocer los siguientes elementos básicos para entender que nos encontramos ante pluralidad de contratos conexos. Debemos a continuación identificar dichos elementos en nuestro supuesto de análisis.

- a) La existencia una pluralidad de contratos distintos. En nuestro caso el contrato principal, el contrato de arbitraje y el contrato arbitral.
- b) Una relación de causalidad entre ellos. Debe existir un objetivo global que anude teleológicamente a dichos contratos, pudiendo calificar dicha vinculación de jurídicamente relevante. A este respecto, hemos llegado a la conclusión de que, tanto entre el contrato principal de naturaleza mercantil como en el contrato de arbitraje existe una causa teleológica, el “ánimo de lucro” de la operación comercial subyacente. Uno creando el cauce legal y funcional para conseguirlo y el otro solucionando, en el menor breve plazo posible, las disfunciones conflictuales que surjan.
- c) ¿Cualquier relevancia sería suficiente? Volviendo a traer a colación por nuestra doctrina más relevante⁴⁴⁷, el conflicto entendido como el motivo del desequilibrio de las expectativas contractuales sería el objeto del contrato de arbitraje y en cierta medida la causa de la causa. Mediante el arbitraje las partes buscan volver al

⁴⁴⁴Por todas, la Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre del 2009, 10 de junio de 2010 y de 24 de enero de 2019, ya comentadas en el capítulo correspondiente.

⁴⁴⁵Sentencia de 23 de octubre de 1981

⁴⁴⁶Según previene el artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

⁴⁴⁷Guasp, J., *El Arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.

equilibrio contractual lo antes posible, esperando que la rentabilidad del negocio quede mínimamente afectada. La causa, así entendida, tendría suficiente entidad como para servir de causa eficiente relevante para crear conexión entre ambos planos contractuales.

3.3.3.3. La naturaleza jurídica del incumplimiento del árbitro en sede del contrato principal mercantil sometido a arbitraje

Como hemos señalado, el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad se movería en dos planos conceptuales distintos. Uno circunscrito al contrato arbitral, que como hemos dicho sería un incumplimiento prestacional, remitiéndonos al respecto, a todo lo dicho anteriormente en el epígrafe correspondiente. Pero también los efectos negativos de dicho incumplimiento, por ello, trascienden al resto de los contratos.

Es la conectividad contractual existente entre el contrato principal y el contrato de arbitraje la que actúa como cordón umbilical entre ambos debido a la existencia de una causa eficiente y con relevancia jurídica entre ambos⁴⁴⁸.

Con respecto al contrato principal, dicho incumplimiento no afectaría solo a su núcleo prestacional. Las expectativas del programa contractual también quedarían afectadas, ya que, evidentemente, el retraso en la solución debido a la repetición del procedimiento arbitral como causa de la nulidad del laudo podría conllevar una alteración negativa de la rentabilidad de la relación comercial. En definitiva, en aplicación de la teoría general de las obligaciones debemos entender la prestación obligacional constreñida exclusivamente dentro ámbito de influencia de su obligación, por aplicación del principio de relatividad contractual. Gracias al juego entre de la conectividad contractual y la categoría de incumplimiento esencial que, cambia el foco del campo prestacional (la obligación debida) al ámbito de los intereses del acreedor o de sus expectativas, dicho constreñimiento desaparece, pudiendo enmarcar a los efectos del incumplimiento arbitral

⁴⁴⁸ En este sentido se manifiesta del Tribunal Supremo en especial en su Sentencia de, de 17 de junio de 2010. El Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, entiende que el daño producido por el incumplimiento de un contrato es resarcible en el seno de otro contrato si entre ambos existe vinculación causal. “El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal”.

como incumplimiento esencial, facilitando, con ello, la transmisibilidad de los efectos negativos causados en el contrato principal al árbitro.

El respaldo jurisprudencial, a lo anteriormente expuesto se sustenta en las Sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre del 2013 y la posterior de 29 de enero de 2014, al introducir en nuestro ordenamiento jurídico, una nueva categoría de incumplimiento resolutorio el “incumplimiento esencial” distinto del tradicional “Incumplimiento prestacional”.

La inclusión del “incumplimiento esencial” en nuestro ordenamiento jurídico es debido a la progresiva asunción de criterios e instituciones propias del comercio internacional⁴⁴⁹ por parte de nuestros tribunales, en especial, como *softlaw* los Principios UNIDROIT⁴⁵⁰, los PECL⁴⁵¹ y, como *hardlaw*, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías⁴⁵².

Es en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2012, donde el Tribunal Supremo introduce en su doctrina un concepto nuevo, el “interés del acreedor”⁴⁵³. Dicho proceso evolutivo se concreta definitivamente mediante la doctrina establecida en las sentencias de 2013 y 2014.

El Tribunal Supremo en dichas Sentencias realiza una nueva interpretación al término “exacta prestación” como “interés del acreedor” el cual estaría formado por, “todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado”. Dicha formulación procede de los textos de armonización internacional más proclives a referirse a la frustración del “fin práctico” perseguido, de la “finalidad buscada” o de las legítimas expectativas” planteadas.” que por el exacto cumplimiento prestacional. En base a dicha interpretación

⁴⁴⁹Gómez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2007, p. 6.

⁴⁵⁰Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales fueron publicados por primera vez en 1995, siendo UNIDROIT una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado. De acuerdo con el preámbulo, los principios de UNIDROIT establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (autonomía de la voluntad)

⁴⁵¹Los PECL fueron diseñados (Comisión Lando) para la unificación de reglas relativas al comercio transfronterizo; sin embargo, estos fueron redactados para la regulación específica del comercio moderno de Europa. Ya que, en palabras de la profesora Riedl, el comercio europeo es más atractivo para los comerciantes siempre y cuando estos no deban incurrir en gastos extraordinarios por someterse a legislación foránea y muchas veces desconocida, debido a la estabilidad de sus sistemas.

⁴⁵²Ratificada por el Reino de España en 1991, BOE» núm. 26, de 30 de enero.

⁴⁵³Sentencia de 18 de mayo de 2012, “por cumplimiento de la obligación debe entenderse todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor.”

produce la clasificación del incumplimiento con trascendencia resolutoria, en dos categorías, una objetivada ubicada en el plano prestacional del propio contrato, y en otro subjetivo que dota al concepto “expectativas contractuales” de suficiente entidad jurídica para que la frustración de dichas expectativas propias de programa contractual conformado por las partes adquiera relevancia jurídica como causa de incumplimiento. Dichas expectativas, en el caso que nos ocupa están centradas fundamentalmente en la obtención de un legítimo y esperado ánimo de lucro como elemento esencial en toda transacción comercial.

El Tribunal Supremo a la hora de conformar las características propias del incumplimiento esencial menciona una de capital trascendencia para nuestra investigación. Como hemos dicho, para sustentar la posibilidad de la transmisión del resarcimiento de los efectos negativos del incumplimiento sobre el contrato principal al árbitro, necesitamos salirnos del encorsetamiento conceptual de la “estricta prestación” por otro más flexible. La categoría de incumplimientos esenciales se nos presenta como una categoría mucho más flexible que los incumplimientos prestacionales.

En la configuración del incumplimiento esencial el Tribunal Supremo establece la diferencia entre “gravedad” y “esencialidad”, que no tienen que ser sinónimos. Afirmado rotundamente que: “El régimen del incumplimiento esencial, como incumplimiento resolutorio, no queda condicionado por el principio de reciprocidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario”. El Tribunal Supremo establece, gracias a esta diferenciación de régimen, la posibilidad por la cual tendría la misma repercusión el incumplimiento de una obligación principal como una accesoria o complementaria.

Por ello, el incumplimiento del árbitro con respecto al contrato principal sería un incumplimiento esencial de este, y debido a la conectividad entre ambos, los daños sufridos en sede del contrato mercantil serían transmisibles y repercutibles al árbitro en sede del contrato arbitral al entender que estamos ante una unidad contractual. Consecuencia de ello estaríamos de un responsabilidad contractual y no extracontractual.

El hecho de la correcta ubicación de la responsabilidad tiene una especial trascendencia, ya que ambos tipos de responsabilidades son dos conceptos jurídicos distintos. No es el objeto de la actual investigación pormenorizar las diferencias sustanciales entre ambos

sistemas de responsabilidad. El distinto origen de los daños nos determinará importantes diferencias entre ambas, como por ejemplo con respecto al plazo de prescripción aplicable, un año en caso de la extracontractual y, el actual de cinco⁴⁵⁴ años en caso de la contractual. Otro ejemplo, es el objeto de la prueba del daño. En la contractual el daño debe estar directamente relacionado con el incumplimiento del contrato, mientras que, en la responsabilidad extracontractual, el daño debe ser el resultado de una conducta negligente o ilícita, lo cual determinaría los daños a indemnizar y la forma de probarlos.

En conclusión, el incumplimiento por parte de arbitro de los deberes de independencia e imparcialidad, en el plano del contrato arbitral y de arbitraje, tendría la consideración de incumplimiento prestacional. Pero en el plano del contrato principal no podría ser prestacional, ya que dicha obligación no formaría parte de la “obligación debida” o “prestación típica” de este. En cambio, al considerarse como “esencial” supondría un incumplimiento de una obligación accesorio, la cual tendría una consideración equivalente a una principal, pudiendo repercutir los daños de dicho incumplimiento sufrido por las partes en sede de dicho contrato principal al árbitro. En definitiva, nos encontramos dentro de un único marco contractual, aunque los incumplimientos tengan distinta consideración jurídica.

3.3.3.4. Identificación de las expectativas comerciales del contrato mercantil sometido a arbitraje

Las expectativas en el desenvolvimiento de la empresa son los objetivos establecidos por el empresario en función del desarrollo de una actividad lucrativa. En definitiva, la empresa desarrolla una actividad empresarial en base a unas legítimas expectativas tendentes a la obtención de un lucro legítimo. El fundamento legal de dicha potestad está recogido el artículo 38 de la Constitución que consagra la libertad de empresa. Para el Tribunal Constitucional la libertad de empresa incluiría tanto, como la libertad de ejercicio como la de organización⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ La Ley 42/2015 de 5 de Octubre de reforma de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, modifica el régimen de prescripción que pasa de 15 a 5 años en el plazo general establecido para las acciones personales.

⁴⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 37/1981, de 16 de noviembre

La compraventa mercantil, es calificada como mercantil por la confluencia de dos criterios, la “reventa” y el “ánimo de lucro”⁴⁵⁶. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de diciembre de 1981, sustenta la mercantilidad de la compraventa no sólo la intervención profesional del empresario, sino un elemento intencional, materializado en la reventa, sustituyendo el concepto de “compraventa profesional” por “compraventa especulativa”, de modo que la compraventa mercantil descansaría no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado y el ánimo de lucro subyacente en ella⁴⁵⁷.

Un contrato mercantil que incluye en su estructura contractual un contrato de arbitraje no cambia su fin teleológico, el cual sigue siendo la obtención de una rentabilidad económica de la misma. Es más, por las razones ya analizadas a lo largo del presente trabajo, el empresario escoge al arbitraje para reforzar y garantizar este fin teleológico.

En referencia a la compraventa mercantil, si no recibo los bienes en el tiempo que se ha previsto en el contrato las expectativas de rentabilidad quedarán frustradas. Esto es trasladable a otros contratos mercantiles, por ejemplo, el suministro. Si el suministrador no recibe las mercancías objeto del suministro queda imposibilitado a cumplir con sus obligaciones de suministro. El momento de la entrega lleva determina la obligación de pago. Si el suministrador no entrega no recibe el pago del suministrador. El dinero a este respecto debemos considerarlo como un circulante más⁴⁵⁸, ya que, lo integraremos en la operativa habitual de la empresa. Si no recibo el precio de la venta, obviando la cuestión del margen comercial, no podre aprovisionarme para seguir revendiendo.

Todo lo anterior es agravado por otra circunstancia propia de la práctica comercial. Tanto las mercaderías en sí, como el dinero entendido como mercadería, su valor no será constante en el tiempo, fluctúa. Las expectativas económicas de una operación comercial dependerán del momento de ejecución de estas. En un momento determinado las mercaderías tendrán una valoración determinada.

⁴⁵⁶Artículo 325 del Código de Comercio dice al respecto: “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

⁴⁵⁷El Derecho Editores. Área Editorial Mercantil, *Contratación Mercantil y Bancaria*, El Derecho, Madrid, 2010.

⁴⁵⁸El circulante es llamado activo corriente o líquido. Se conoce como circulante porque es un tipo de activo que se encuentra en continuo movimiento. Podemos entender el activo corriente como todos aquellos recursos que son necesarios para realizar las actividades del día a día de la empresa como, por ejemplo, el dinero del banco, las existencias, y las inversiones financieras.

En la práctica comercial internacional, al respecto de la cuestión que nos ocupa el momento de pago, tenemos que tener en cuenta que las monedas del contrato, su valor tampoco es constante en el tiempo, están sometidas a fluctuaciones propias de los mercados de divisas.

En definitiva, el empresario necesita, en un escenario de circunstancias tan volubles como el comercial, certidumbre para conformar sus expectativas en referencia a una determinada relación negocial. El momento de la ejecución del contrato no es un acontecimiento neutro, muy al contrario, es un acontecimiento crítico con respecto a la valoración esperada por las partes.

Pero tal y como analizamos en el capítulo IV, dada la particular naturaleza de la función arbitral debemos diferenciar dos planos en el desenvolvimiento de dicha función⁴⁵⁹, un plano o ámbito funcional cuasi-jurisdiccional⁴⁶⁰ y no jurisdiccional⁴⁶¹. Según la doctrina, los deberes contenidos en el artículo 17 de la Ley quedarían encuadrados dentro de la actuación no jurisdiccional del árbitro. Por ello, tendrían una naturaleza distinta.

Lo anteriormente expuesto tendrá una especial repercusión en el régimen legal aplicable a la responsabilidad, entre un régimen general de los artículos 1091 y 1101 del Código Civil y otro especial y reforzado el del cualificada del artículo 21 de la Ley de Arbitraje. Los deberes de naturaleza no jurisdiccional quedarían regulados en materia de responsabilidad por el régimen general de los artículos 1091 y 1101 del CC⁴⁶².

⁴⁵⁹Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2009, “Antes bien, para determinar la responsabilidad del árbitro es necesario encuadrar el supuesto de responsabilidad controvertido en uno de los ámbitos de actuación del mismo: el ámbito cuasi-jurisdiccional y el ámbito no jurisdiccional.”

⁴⁶⁰Para Gómez Jene estos deberes cuasi-jurisdiccionales serían, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (art. 9 de LA), el juicio del árbitro sobre la propia competencia (art. 22 de la LA), el juicio del árbitro sobre la arbitrariedad de la materia (art. 2 de la LA), el juicio del árbitro la admisión de pruebas (art. 25 de la LA), el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (art. 23 de la LA), el juicio de arbitro sobre la normativa aplicable al fondo de la controversias (art. 34 de la LA), y por último, el juicio del arbitro sobre la aclaración o complemento del laudo (art. 39 de la LA).

⁴⁶¹Por otro lado, para el mismo autor, lo deberes de árbitro no jurisdiccionales serian, entre otros, el deber de revelación (art. 17.2 de la LA), los deberes de independencia e imparcialidad (art. 17.1 de la LA), la obligación de nombrar al tercer árbitro (art. 15b. de la LA).

⁴⁶²Audiencia Provincial de Barcelona de 1995. “... ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de “dación y recepción del arbitraje” que los árbitros responden a tenor lo dispuesto en los artículos 1091 y 1101”

4. La opción a la operación de reemplazo como remedio de subsanar los efectos de la nulidad del laudo por incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del laudo

El efecto fundamental de la sentencia estimatoria recaída en el proceso de anulación del laudo, tal y como declara la Audiencia Provincial de Madrid, en la Sentencia de su Sala 14ª, de 30 de junio de 2005, es producir la anulación, total o parcial de todo lo actuado.

El artículo 38 de la Ley de Arbitraje da por terminadas las actuaciones arbitrales con la emisión del laudo. Esto significa que los árbitros dan por finalizada su función, lo cual, obliga a las partes a retrotraer las actuaciones al nombramiento de un nuevo árbitro. Antes de iniciar el nuevo procedimiento arbitral se ven en la obligación, incluso, que nombrar un árbitro o árbitros, salvo en el caso que la anulación de laudo haya sido parcial⁴⁶³.

Es importante indicar también al respecto, que, según el artículo 42.2 de la Ley de Arbitraje, frente a la sentencia que decide la acción de anulación no cabe recurso alguno⁴⁶⁴. En definitiva, la situación deviene firme, dejando a salvo los procesos de aclaración o revisión de la sentencia. En definitiva nos encontramos con una situación consolidada jurídicamente que tiene unos efectos muy negativos sobre la relación comercial principal.

Los efectos perniciosos de la nulidad del laudo, no solo se circunscriben o limitan a la esfera del convenio arbitral, dichos efectos afectan también al contrato principal. El conflicto sigue latente y no resuelto, luego la ejecución del contrato seguirá en suspenso. El inicio de un nuevo procedimiento, incluido el nombramiento de un nuevo árbitro, supone un evidente y pernicioso retraso en la ejecución del contrato principal afectando muy negativamente los intereses de las partes.

¿Las partes están abocadas irremisiblemente a una repetición del procedimiento y a asumir de nuevo los costes de este? Las partes tienen a su disposición una serie de remedios para reparar los efectos negativos del incumplimiento. La indemnización de daños y perjuicios, el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso, la pena

⁴⁶³El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 25 de junio de 2012, excepciona el régimen general expuesto y considera que si el árbitro ha dictado un laudo absteniéndose de conocer sin justificar cual ha sido la causa de la terminación, la estimación de la acción de anulación va a retrotraer las actuaciones al momento en se causó la indefensión, dejando a salvo el resto.

⁴⁶⁴Suárez Robledano, J.M., “Artículo 42”, en Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, p. 985

convencional o la resolución del contrato son algunos de los remedios a disposición del acreedor.

Tanto el Tribunal Supremo como la doctrina científica han incorporado al catálogo de remedios de subsanar los perjuicios del incumplimiento contractual la técnica de la cobertura⁴⁶⁵ para que dichos perjuicios sean subsanados mediante la articulación de operaciones del reemplazo⁴⁶⁶. Los contratos de reemplazo, como técnica de cobertura, son una vía alternativa de satisfacción *in natura* del interés del acreedor (partes del arbitraje) a través de un tercero y con cargo al deudor (árbitro o árbitros)⁴⁶⁷ que presentan evidentes ventajas, como veremos, a hora de solucionar la situación descrita. Esta técnica, ampliamente utilizada en la práctica comercial internacional, se ha incorporado a la moderna práctica comercial interna.

Como solución a la mitigación de los daños sufridos por las partes en conflicto y los fines de los resultados de esta investigación proponemos la operación de reemplazo para subsanar los efectos negativos de situación que nos ocupa. Embarcar a las partes en un nuevo procedimiento arbitral supone asumir nuevos costes económicos directos e indirectos. El planteamiento de un nuevo procedimiento supone un retraso en la ejecución del contrato comercial principal y con ello una afectación crítica de la rentabilidad de la operación. Las partes ante este panorama, mediante una operación de reemplazo, tienen a su disposición un mecanismo de subsanación extrajudicial de sus daños, concretando y objetivando estos, facilitando con ello su repercusión y reclamación al árbitro causante de todo. Es por ello, que optamos por plantear esta alternativa, acorde con la moderna práctica económica y comercial, dotando de un evidente enfoque práctico a nuestro estudio.

⁴⁶⁵Entre otras, que analizaremos posteriormente, en referencia a la armonización internacional de nuestro ordenamiento jurídico nacional con respecto a la operación de reemplazo traemos las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio del 2000, 5 de marzo de 2014, 23 de mayo de 2005 y 1 de julio de 2013.

⁴⁶⁶Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. (La influencia del modelo angloamericano)*, Derecho Privado, BOE, Madrid, 2023; Morales Moreno, A.M., *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016; Fenoy Picón, N., “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 6, nº 4, 2011; Alcalde Silva, J., *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013.

⁴⁶⁷ Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. (La influencia del modelo angloamericano)*, op. cit., p. 33.

4.1. Los remedios ante el incumplimiento

Toda obligación comporta un resultado garantizado por un contratante en favor de otro. Ese interés se manifiesta en el resultado ideal que cada una de las partes pretendía obtener con el contrato celebrado.

Cuando ese resultado no se produce el ordenamiento jurídico, como hemos dicho, ante un incumplimiento contractual nos presenta distintas alternativas para subsanar en la medida de lo posible los efectos perjudiciales de este: la indemnización de daños y perjuicios, el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso, la pena convencional, la resolución y otros como, la *exceptio non adimpleti contractus* que se puede derivar del contenido de los artículos 1466 y 1502 del Código Civil⁴⁶⁸.

A los mismos se incorpora a la práctica comercial las operaciones de reemplazo. Pese a que la doctrina reconoce dichas operaciones desde hace tiempo,⁴⁶⁹ es la jurisprudencia la que incorpora la posibilidad de realizar este tipo de contratos en el tráfico comercial nacional.

4.2. La operación de reemplazo como remedio del incumplimiento del árbitro a disposición de las partes en conflicto

El reemplazo como operación de cobertura es la técnica por la cual se permite al acreedor estimar la pérdida sufrida por un determinado incumplimiento, mediante la celebración de otro contrato (contrato de venta en sustitución o compra en reemplazo) sustitutivo del contrato incumplido⁴⁷⁰. Es un método de subsanación regulado y desarrollado tanto por el derecho uniforme⁴⁷¹ como armonizado⁴⁷², por el cual, mediante la celebración de un contrato por la parte afectada por el incumplimiento suple la conducta esperada por el otro contratante, el que queda obligado a satisfacer, por concepto de daños, la diferencia

⁴⁶⁸Gómez Pomar, F, "El incumplimiento contractual en Derecho español", *Revista para el análisis del Derecho*, 2007, p.13.

⁴⁶⁹ Desde las primeras ediciones de su Curso de Derecho Mercantil el profesor Garrigues da noticia de este tipo de operaciones comerciales. Garrigues, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol.-Tomo 3, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1963

⁴⁷⁰Soler Presas, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1988, p 111.

⁴⁷¹ Regulado entre otros en el artículo 75 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Convenio de Viena)

⁴⁷² Artículo 9:506 y 9:507 de los Principios Europeos de los Contratos (PECL); 3:706 y 3:707 de los *Draft Common Frame of Reference* (DCFR); 164 y 165 Derecho Europeo Común de la Compraventa (abreviatura en inglés CESL); artículos 7.4.5 y 7.4.6 de los Principios UNIDROIT.

desfavorable entre el precio pactado para el contrato originario y aquel pagado por el contrato de cobertura. En base a la especial arquitectura de los contratos mercantiles sometidos a arbitraje el árbitro, con respecto al incumplimiento planteado, será deudor de dicha conducta con respecto a las partes en conflicto y partes principales de la relación principal.

Hablamos de operación de reemplazo, tanto desde la perspectiva del vendedor (venta en sustitución), como del comprador (compra de reemplazo)⁴⁷³. En el presente estudio, en referencia al supuesto fáctico estudiado (efectos de la nulidad del laudo arbitral), no vamos a realizar diferencias entre ambos contratos, entendiendo que en nuestro caso ambos responden a una operación unitaria, el reemplazo, que tiene por objeto una única acción perjudicial para las partes por parte del árbitro.

4.2.1. La operación de reemplazo en el derecho español

La operación de reemplazo es tratada por la doctrina desde mediados de siglo XX, mientras que jurisprudencia, como veremos, ha reconocido dicha operación más recientemente.

4.2.1.1. Anclaje legal de las operaciones de reemplazo en nuestro ordenamiento jurídico

La operación de reemplazo ha sido profusamente utilizada y regulada en la práctica comercial internacional no tanto en nuestra práctica comercial interna. Nos corresponde analizar si dicha operación comercial tendría encaje en nuestro ordenamiento jurídico comercial interno, ya que la misma no está específicamente regulada por nuestro ordenamiento jurídico. Lo primero que debemos señalar es la atipicidad de dicha operación. La incorporación del reemplazo a nuestro ordenamiento jurídico ha sido mediante la incorporación al mismo, por la adhesión de España, al Convenio de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Convenio de Viena). Dicho Convenio regula la operación de reemplazo en su artículo 75. El meritado artículo se encuentra integrado en nuestro ordenamiento jurídico interno por aplicación de artículo 96 de la Constitución.

⁴⁷³ Vicent Chulia, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 105-107.

Para el profesor Vicent Chulia, la “venta en sustitución” tendría encaje en nuestro Código de Comercio, en concreto en su artículo 332 1º y 2º, ya que, ante la opción, por parte del vendedor del rechazo al depósito judicial de las mercancías y ante la negativa de recepción de las mercancías por parte del comprador, el vendedor daría por resuelto el contrato y exigiría la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pudiendo disponer de la mercancía en una segunda venta que sería la “venta en sustitución”. La diferencia negativa de precios entre uno y otro nos serviría para objetivar y cuantificar la indemnización de daños y perjuicios⁴⁷⁴. La jurisprudencia del Tribunal Supremo con parecidos argumentos es partidaria de darle “carta de naturaleza” a la “venta en sustitución”.⁴⁷⁵

Por otro lado, el mismo autor ancla la “compra en reemplazo” en el artículo 329 del Código de Comercio. Si el vendedor incumple con su obligación de entrega, por aplicación del meritado artículo, el comprador podrá optar entre el cumplimiento o la rescisión del contrato, debiéndolo comunicar fehacientemente al vendedor en ambos casos. Una vez optado por la rescisión, el comprador es libre de formalizar otro contrato (compra en reemplazo) para mitigar las consecuencias del incumplimiento y objetivar los daños. La jurisprudencia, al igual que en el caso de la “venta en sustitución”, es partidaria del reconocimiento de “compra en reemplazo”.⁴⁷⁶

Una vez reconocida la conformidad con nuestro ordenamiento jurídico de la operación de reemplazo nos corresponde ocuparnos de la naturaleza jurídica de la misma.

4.2.1.2. Naturaleza jurídica de las operaciones de reemplazo para el ordenamiento jurídico español

Al respecto de la naturaleza jurídica de las operaciones de reemplazo, la doctrina española más cualificada se divide entre, reconocer que la operación de reemplazo como un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento de la obligación incumplida⁴⁷⁷, otros autores,

⁴⁷⁴Vicent Chulia, F., *Compendio Crítico...*, op. cit., p. 108

⁴⁷⁵Al respecto ver las Sentencias del Tribunal Supremo de, 1 de julio de 2013 y 23 de mayo de 2005.

⁴⁷⁶El Tribunal Supremos establece la idoneidad de la “compra en reemplazo” en sus Sentencias de, 5 de marzo de 2014 y 4 de julio del 2000.

⁴⁷⁷Tesis defendida por Jaime Alcalde en su tesis doctoral, “Incumplimiento y reemplazo”, Universidad de Valencia, 2013.

conceptúan la operación de reemplazo como una vía alternativa (extrajudicial) puestas a disposición del acreedor para recuperar sus expectativas contractuales (indemnización) a través de un tercero⁴⁷⁸.

Para doctrina mayoritaria⁴⁷⁹, alineándose con las regulaciones de nuestro entorno y en especial la doctrina anglosajona,⁴⁸⁰ opta por reconocer a la operación de reemplazo un carácter eminentemente indemnizatorio mucho más acorde con la moderna práctica contractual, ya que garantizan un mayor y mejor control sobre la eficacia jurídica del daño provocado. La operación de reemplazo sería una vía alternativa de satisfacción *in natura* de la prestación.⁴⁸¹

La cuestión que subyace, siguiendo a la profesora Vargas, es saber si en los artículos 1096, II y 1098, I del Código Civil se encuentra el sustento legal del contrato de reemplazo. Esta autora sustenta una respuesta negativa en base a los siguientes argumentos: los mencionados artículos, solo serían aplicables a la no entrega de una cosa indeterminada o genéricas y con respecto al tipo de obligaciones el Código Civil al respecto está pensando en una obligación de hacer dejando, por consiguiente, extramuros del reemplazo al resto de obligaciones (dar y no hacer). Por otro lado, al precisar dicha concepción de la intervención judicial, se está excluyendo una cuestión esencial en el reemplazo, ya que dicha operación está pensada para servir a las necesidades del tráfico a través de una rápida autotutela del derecho de crédito incompatible con la tardanza de un proceso judicial.⁴⁸² Por eso, funcionalmente y técnicamente (solución extrajudicial) debemos optar por anclar la operación de reemplazo al artículo 1101 del Código Civil, en lugar de hacerlo a los artículos 1096 y 1098 del Código Civil.

⁴⁷⁸Carrasco Perera, A., “Artículo 1001”, en Manuel Albaladejo coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial de la Revista de Derecho Privado de Madrid, Madrid, 1989; Marsal Guillamet, J. y Lauroba Lacasa, M.E., “Algunos mecanismos de protección de incumplimiento contractual en un futuro Derecho europeo de los contratos. Cumplimiento específico e indemnización de daños y perjuicios”, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, vol. II, Thomson Civitas, 2003; Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. (La influencia del modelo angloamericano)*, Derecho Privado, BOE, Madrid, 2023.

⁴⁷⁹Pantaleón Prieto, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 46, 4, Morales Moreno, A.M., *Claves de la modernización del Derecho de los contratos*, Grupo Editorial, Madrid, 2016, De la Maza Gazmuri, I., Vidal Olivares, D.A., *La Modernización de los Contratos*, Centro de Estudios de Derecho comparado, Madrid, 2019.

⁴⁸⁰ Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. (La influencia del modelo angloamericano)*, Derecho Privado, BOE, Madrid, 2023, p. 277.

⁴⁸¹ Morales Moreno A.M., *La Modernización del Derecho obligaciones*, cit, p.90, Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. (La influencia del modelo angloamericano)*, Derecho Privado, BOE, Madrid, 2023, p. 277.

⁴⁸² Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento...*, cit., p. 271.

La operación de reemplazo nos serviría, concebida como método indemnizatorio, como medio para calcular el daño inferido al acreedor (en nuestro caso partes en conflicto) por el deudor incumplidor (en nuestro caso árbitro) según los requisitos exigido por el artículo 1101 de Código Civil.⁴⁸³

La concepción indemnizatoria de la operación de reemplazo, como hemos dicho, es la predominante en nuestro entorno, en especial, los ordenamientos jurídicos angloamericanos. El Derecho Uniforme del Convenio de Viena, así como los instrumentos más importantes de *soft law* como los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos de los Contratos se alinean con dicha concepción. Es también la opción escogida por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014⁴⁸⁴.

El derecho italiano opta por entender la operación de reemplazo como una ejecución *in natura* de la pretensión⁴⁸⁵ siendo una excepción al panorama general descrito con anterioridad.

Una vez justificada que las operaciones de reemplazo son reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, es necesario plantearnos si, sería aplicable dicho remedio al supuesto fáctico planteado en nuestro estudio. Sería una opción eficiente para las partes de subsanación de los efectos negativos derivados de la nulidad del laudo arbitral. El análisis a esta cuestión la abordamos a continuación.

4.2.2. ¿Es posible articular las operaciones de reemplazo por parte de las partes en conflicto para subsanar los efectos de la nulidad del laudo arbitral por incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad por parte del laudo?

En primer lugar, debemos circunscribir la cuestión a un ámbito meramente contractual. Nos encontramos con una serie de contratos que forman parte de un ecosistema contractual formado, por una parte, por la relación jurídica principal en la cual las partes en base a su libertad contractual han decidido someter a arbitraje los conflictos que puedan surgir en el desenvolvimiento, interpretación o ejecución de su relación principal. Sumisión a arbitraje que supone la incorporación esencialmente de otros dos contratos

⁴⁸³ Morales Moreno, A.M., *La modernización del Derecho de las obligaciones...*, cit., pp.47-51.

⁴⁸⁴ Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento...*, cit., p. 277.

⁴⁸⁵ Tesis defendida por Jaime Alcalde en su tesis doctoral, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit, p. 428

(contrato de arbitraje y contrato arbitral). El contrato de arbitraje, por el cual las partes se somete a arbitraje, y por otro el contrato arbitral (contrato entre las partes y el árbitro).

Una vez asentado lo anteriormente expuesto, debemos calificar jurídicamente las relaciones nacidas en los dos planos funcionales descritos (el principal y el arbitral). En el capítulo dedicado en esta tesis al análisis de las relaciones existentes en los contratos de arbitraje (contrato de arbitraje y contrato arbitral) que forman parte del supra término jurídico “convenio arbitral” y el contrato principal de naturaleza mercantil damos respuesta a dicha cuestión. A la conclusión que llegamos en su momento, es que debido a la existencia de una “vinculación relevante” entre ambos planos contractuales, el arbitral y el principal, en base a la existencia una misma causa eficiente (ánimo de lucro), llegamos a la misma conclusión que llega el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de junio de 2010, que en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, entiende que el daño producido por el incumplimiento de un contrato (incumplimiento el contrato arbitral) es resarcible en el seno de otro contrato (contrato principal), si entre ambos existe vinculación causal (protección del ánimo de lucro del contrato principal), dicha vinculación produce un determinado efecto, a tal efecto establece: “El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal”. En definitiva, el Tribunal Supremo que gracias a la existencia de esta “vinculación causal relevante” en referencia concretamente, al ámbito de los incumplimientos contractuales y la responsabilidad derivada de los mismos, crea un todo contractual único.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto es la vinculación jurídica entre el plano arbitral y el principal la que hace posible la imputación de los daños acaecidos en contrato principal (retraso en la ejecución) al árbitro, sujeto activo del incumplimiento que ha tenido como efecto la nulidad del laudo, retrasando el momento de la ejecución del contrato principal a un momento alejado en el tiempo. Dicha responsabilidad del árbitro, debido también a dicha conectividad contractual la podemos calificar como contractual y no como extracontractual. Al árbitro a este respecto se le consideraría como una parte contractual más del contrato principal entrando a formar parte de la relación jurídica en el mismo plano obligacional y estableciéndose una relación, deudor *versus* acreedor, entre

las partes principales de la relación mercantil y el árbitro haciendo a este responsable de los daños por él causados.

Otro tema que es obligado plantear en relación a esta cuestión, es la existencia del nexo causal entre la conducta del árbitro incumplimiento y el daño (imposibilidad de ejecución normal, según el programa contractual dispuesto por las partes, del contrato principal). La relación de causalidad es un requisito esencial a la hora de establecer la responsabilidad. El artículo 1101 del Código Civil, al utilizar la expresión “incurrieren”, establece la exigencia de la existencia de dicho vínculo entre la acción u omisión y el daño. Tanto la doctrina como la jurisprudencia identifican el término “causa” con toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (*sine qua non*). Otro aspecto relevante es el principio de causalidad adecuada, que exige, que para apreciar la culpa del agente el resultado debe ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural aquella propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados. La Sentencia de 29 de junio de 2009, en un asunto sobre la responsabilidad de los árbitros, establece: “La apreciación de responsabilidad exige también un requisito de ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante”. Aplicando el Tribunal Supremo los estándares generales de la responsabilidad al específico de la responsabilidad del árbitro.

No necesita más análisis la evidente relación de causalidad entre la nulidad del laudo y los daños sufridos por las partes debido a un retraso *sine die* de la ejecución normal del contrato principal.

Al incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad los hemos calificado, como incumplimiento prestacional en el plano arbitral e incumplimiento esencial con respecto al plano principal (contrato mercantil sometido a arbitraje). Esta distinción de régimen es de esencial importancia con respecto a situación de hecho que nos ocupa. Evidentemente cada contrato tiene su prestación típica individual e independiente, el incumplimiento prestacional solo puede entenderse con respecto al contrato del cual trae causa. Sin embargo, el incumplimiento esencial como concepto jurídico autónomo, al tener como fundamento el incumplimiento no tanto de la prestación, sino de las expectativas o el interés del acreedor implicados en el contrato⁴⁸⁶, puede afectar tanto a la prestación del contrato principal como aquellas complementarias o accesorias del mismo.

El Tribunal Supremo en su Sentencia, de 18 de noviembre de 2013, alude a este respecto, señala que “con las expresiones al uso ya en relación con la privación sustancial de “todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado”, en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del “fin práctico” perseguido, de la “finalidad buscada” o de las legítimas expectativas” planteadas.”. La expresión de “todo aquello que cabe esperar del contrato” incluiría todo lo principal y todo lo accesorio, ya que, dicha expresión se debe poner en relación con la expresión también incorporada a la mencionada Sentencia “fin práctico” del contrato.

En conclusión, los deberes de independencia e imparcialidad no pueden encuadrarse como prestaciones típicas del contrato principal, pero si como prestaciones complementarias de este que se conformaran en caso de conflicto. La acción incumplidora del árbitro afectará desembocará en la nulidad de laudo afectados gravemente las expectativas económicas del contrato principal, obligando a las partes a un aplazamiento *sine die* de la ejecución de este.

Como hemos dicho, los daños sufridos por las partes en el plano del contrato principal pueden ser repercutidos en sede de otro contrato vinculado. ¿Las partes puede utilizar las operaciones de reemplazo, según correspondan? ¿Las operaciones de reemplazo son un medio eficiente para la subsanación o mitigación de estos perjuicios? Nos corresponde a

⁴⁸⁶ Sentencia de 18 de noviembre de 2013 conceptúa “incumplimiento esencial” como: “La categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, más bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales previamente programados”

continuación analizar la adecuación de las operaciones de reemplazo al supuesto de hecho que nos ocupa.

4.2.3. Las operaciones de reemplazo como mecanismo de mitigación de los efectos negativos de la nulidad del laudo por incumplimiento del árbitro de los deberes de independencia e imparcialidad

La cuestión de reconocer la existencia de un incumplimiento contractual en el hecho de la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad en un contrato mercantil sometido a arbitraje y la repercusión de efectos no precisaría de una mayor consideración si nos remitimos a todo lo argumentado a lo largo de nuestra investigación. No obstante, resulta preciso analizar una cuestión referente a la idoneidad de las operaciones de reemplazo a la hora de mitigar el daño por el incumplimiento que nos ocupa.

La operación de reemplazo supone para las partes afectadas por el incumplimiento del árbitro dos ventajas evidentes. Primera, como hemos dicho, tanto la doctrina mayoritaria española, como la práctica comercial internacional, conciben la operación de reemplazo como un sistema eficaz de mitigación de los daños y perjuicios. Daños surgidos de la responsabilidad contractual del árbitro en su incumplimiento, con sede en el artículo 1101 de Código Civil. En segundo lugar, consecuencia de la anterior, supone un sistema de atemperación del daño contractual y objetivación de la indemnización de daños y perjuicios.

Con respecto a la concreción y objetivación del daño, tanto la doctrina científica⁴⁸⁷ como jurisprudencial,⁴⁸⁸ entienden que el objeto de la indemnización lo compondría el “interés contractual positivo”. Para Gómez Pomar⁴⁸⁹ dicho interés incluiría tanto el lucro emergente como el lucro cesante. Para Vargas Brand, “la indemnización contenida en la operación de reemplazo se refiere al interés del cumplimiento del contrato. Unas veces evita el daño que supone adquirir la prestación (caso de la compra de reemplazo) y otras

⁴⁸⁷Gómez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, cit., pp. 41-51; Gil Saldaña, M., “Sentencia de 3 de septiembre 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del vendedor en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo.”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia*, nº 83, Madrid, 2011, pp.1075-1096; Redondo Trigo, F., “Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre del 2010”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 274, marzo, 2011, p. 1189.

⁴⁸⁸Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1992.

⁴⁸⁹Gómez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, cit, p. 46.

veces supone la obtención del precio que se buscaba con el contrato principal (caso de la venta de reemplazo)”⁴⁹⁰. En virtud de todo lo expuesto, es preciso realizar la siguiente conclusión, la operación de reemplazo para la parte deudora (partes en conflicto) supone una forma de evitar la dualidad en el sistema indemnizatorio evitando, entre otros, la *compensatio lucri cum damno*.

Es importante que ambos planos jurídicos, por un lado, la causa del daño y su responsabilidad sean homogéneos, en definitiva, que respondan a una misma regla de responsabilidad, tal y como ocurre en el caso del incumplimiento del árbitro. La responsabilidad tiene su origen en el artículo 1101 y su subsanación se enmarca jurídicamente en los supuestos de responsabilidad contractual

Otra cuestión, que convierte a la operación de reemplazo en un mecanismo especialmente adecuado al supuesto fáctico analizado, es la mencionada por Gómez Calle⁴⁹¹, que consistiría en la posibilidad de celebrar operaciones de reemplazo, en el caso de incumplimientos anticipado. Posibilidad que fue reconocida en la Propuesta de Modificación del Código Civil, en su artículo 1200. II. Llamamos la atención sobre la importancia de poder articular una operación de reemplazo en el momento de reconocer la nulidad del laudo, sin tener que esperar al cumplimiento de la obligación en conflicto. Hecho que acorta los plazos de satisfacción de los intereses de las partes. En definitiva, las partes podrán articular una operación de reemplazo sin esperar al cumplimiento del término establecido en el contrato principal.

Somos conscientes, que las operaciones de reemplazo están pensadas para contratos de compraventa de bienes fungibles (mercaderías). Tanto para las obligaciones de hacer consistentes en una conducta determinada no fungible como, para las obligaciones de dar una cosa determinada o no fungible la aplicación de la regla del reemplazo no es la opción más adecuada. Pero también somos conscientes que, en el ámbito mercantil la gran mayoría de las operaciones comerciales tienen por objeto el intercambio de mercaderías (bienes fungibles).

Podemos concluir que, ante la nulidad de laudo arbitral, la operación de reemplazo se nos plantea como una solución extrajudicial adecuada, la cual se ajustaría perfectamente a la celeridad del tráfico mercantil moderno. Se pone a disposición de las partes un

⁴⁹⁰Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento...*, cit., p. 287.

⁴⁹¹ Gómez Calle, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato Análisis de la Propuesta de Modificación del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXV, 1, 2012, p.70.

mecanismo articulado para resarcirse del daño sufrido. El árbitro como agente activo en la producción del daño, a través del incumplimiento de sus deberes contractuales (independencia e imparcialidad), deberá responder de los mismos, ya que el contrato mercantil sometido a arbitraje forma un todo contractual unitario formado por un conjunto de contratos que, debido a la existencia de una vinculación relevante, nunca podremos entender como compartimientos estancos. De este modo, a través de la operación de reemplazo se objetiviza y cuantifica la indemnización de daños y perjuicios de los que deberá responsabilizarse el árbitro por el juego de las reglas específicas de la responsabilidad contractual.

CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES

Tras el proceso de investigación realizado podemos terminar el mismo proponiendo las siguientes conclusiones.

PRIMERA. El arbitraje, al igual que el resto de los sistemas de resolución de conflictos (mediación, conciliación y jurisdicción ordinaria), es un mecanismo social pacífico de resolución de conflictos. A diferencia de la jurisdicción ordinaria, la libertad es su fundamento. Libertad que se concreta en la capacidad de autorregulación que los ciudadanos poseen en las sociedades modernas. Dicha capacidad de autorregulación está reconocida en el artículo 10 de nuestra Carta Magna y su plasmación en el ámbito de la contratación privada queda establecido en artículo 1255 del Código Civil, según la reciente doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

SEGUNDA. En referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje, el Tribunal Constitucional ha dejado fijada la doctrina por la que debemos entender que el arbitraje es un contrato que por su especial función posee unos efectos de naturaleza procesal, cosa juzgada y ejecutoriedad.

TERCERA. El arbitraje puede considerarse como un procedimiento heterocompositivo dentro de un contrato. Dicha consideración no ha sido pacífica a lo largo de su evolución histórica. Desde época justiniana hasta 1953, año en el que se promulga por primera vez una Ley de Arbitraje la consideración de la naturaleza procesal del arbitraje es una constante histórica.

CUARTA. El convenio arbitral, como cláusula inserta en el contrato principal o en un contrato ajeno, pero vinculado con ella mediante referencia al mismo en el cuerpo del contrato principal, sería un negocio jurídico formado a su vez por otros negocios jurídicos, básicamente el contrato de arbitraje y el contrato arbitral.

QUINTA. El contrato de arbitraje es el acuerdo entre las partes de excluir de la solución de sus conflictos a la jurisdicción ordinaria y encargando dicha composición a un tercero independiente e imparcial, denominado árbitro. Dicho contrato constituiría un contrato procedimental, en cuanto que sería un procedimiento dentro de un contrato o por remisión a un procedimiento establecido en el Reglamento de una institución arbitral.

SEXTA. Por otro lado, en conexión con lo anterior y debido al desenvolvimiento del procedimiento, tendríamos el contrato arbitral. Consideramos que se trataría de un contrato *sui generis* de arrendamientos de servicios que vincula a las partes en conflicto con el órgano compositor (árbitro o árbitros).

SÉPTIMA. El convenio arbitral, entendemos que debe considerarse como un contrato dentro de un contrato. En nuestro caso objeto de estudio un contrato dentro de un contrato mercantil. Debido a la coexistencia de una misma causa entre los dos planos contractuales, lo que el Tribunal Supremo en su doctrina denomina “vinculación relevante”, por aplicación de la teoría de la conexión contractual, el contrato resultante es distinto que los contratos independientes entendiéndose este como un todo unitario. El árbitro no solo sería parte del contrato arbitral, es parte en el contrato de arbitraje y del contrato principal.

OCTAVA. La causa común, jurídicamente relevante, es el “ánimo de lucro”. Se trata de un elemento causal presente en todos los contratos mercantiles por su propia naturaleza. El ánimo de lucro supone el fin principal de los mismos, ya que su consecución es el fin último de todo empresario como actor relevante en el desarrollo de la actividad económica. El procedimiento arbitral, dada sus especiales características, previsión, predeterminación y celeridad temporal, supone un mecanismo de composición apto para la protección de la intención lucrativa que debe regir toda actividad económica. El arbitraje, no es solo un mecanismo de composición conflictual, es un instrumento para la gestión empresarial a través de la gestión del conflicto. Entendemos que es por ello por lo que el empresario consciente de la importancia que tiene el momento de ejecución del contrato (en el ámbito mercantil se equipara el retraso en la ejecución del contrato con el incumplimiento) escoge, de entre todo el catálogo de mecanismos de solución de conflictos, al arbitraje como una forma eficiente de proteger la rentabilidad esperada por operación comercial y con ello su intención de obtener beneficio con ella.

NOVENA. El reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de dicha vinculación o conectividad contractual tiene una trascendencia jurídica importantísima con respecto al objeto de la presente investigación, ya que se produciría una transmisión de los efectos negativos (producidos por la nulidad del laudo) de un plano contractual a otro, como si de un solo contrato se tratara. En base a ello, consideramos que los daños producidos por el incumplimiento del árbitro de los deberes de independencia e imparcialidad son repercutibles al árbitro como si formara parte de la relación principal, pese a la existencia

del principio de principio de relatividad de los contratos consagrado en el artículo 1257 del Código Civil.

DÉCIMA. Una vez concebida de esta manera la responsabilidad del árbitro por los daños producidos en el contrato principal, entendemos que se responsabilidad sería contractual, derivada del artículo 1101 del Código Civil, y no conforme a la extracontractual emanada del artículo 1902 del mismo cuerpo legal.

UNDÉCIMA. Estas premisas constituyen un presupuesto básico para determinar la naturaleza jurídica del incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro. Debemos considerar que nos encontramos ante un incumplimiento contractual de suficiente intensidad como para encuadrar la misma dentro de los incumplimientos resolutorios.

DÉCIMOSEGUNDA. En la actualidad, derivada de la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Supremo, que incorpora una nueva categoría dentro de los incumplimientos resolutorios, por un lado, tendríamos los incumplimientos prestacionales y, por otro, los incumplimientos esenciales. Tras el análisis de dichas resoluciones jurisprudenciales, en esta investigación se llega a la conclusión de que el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad tendría una naturaleza mixta, incumplimiento prestacional con respecto al contrato de arbitraje y arbitral, e incumplimiento esencial con respecto al contrato mercantil sometido a arbitraje.

DÉCIMOTERCERA. como aspecto de mejora para la práctica comercial actual, se propone como una solución razonable para las partes en conflicto con el fin de subsanar el daño producido que haya sido derivada de la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad, la utilización de una práctica comercial proveniente de la práctica comercial internacional, como son los contratos de reemplazo que corresponda según la posición contractual de las partes en conflicto (venta en sustitución o compra de reemplazo), dadas las bondades que se han apuntado en este estudio que dichos contratos de cobertura tienen en el caso fáctico objeto de esta investigación.

DÉCIMOCUARTA. Ante la nulidad de laudo arbitral, la operación de reemplazo se nos plantea como una solución extrajudicial adecuada, la cual se ajustaría perfectamente a la celeridad del tráfico mercantil moderno. Se pone a disposición de las partes un mecanismo articulado para resarcirse del daño sufrido. El árbitro, como agente activo en la producción del daño, a través del incumplimiento de sus deberes contractuales

(independencia e imparcialidad), deberá responder de los mismos, ya que el contrato mercantil sometido a arbitraje forma un todo contractual unitario formado por un conjunto de contratos que, debido a la existencia de una vinculación relevante, nunca podremos entenderlos como compartimientos estancos. De este modo, a través de la operación de reemplazo, se logra objetivizar y cuantificar la indemnización de daños y perjuicios de los que deberá responsabilizarse el árbitro, por el juego de las reglas específicas de la responsabilidad contractual.

Referencias bibliográficas

- Abbagnano, N. *Diccionario de Filosofía*, 2º ed. Trad. Galleti, A Méjico, 1974.
- Albaladejo García, M., "El artículo 8 de la nueva Ley de arbitraje", en *Actualidad Civil*, nº 1.
- Albaladejo, M., "El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje", *Actualidad Civil*, 1990, V
- Albaladejo, M., *Derecho civil I Introducción y Parte General*. Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1985.
- Almagro Nosete, J, *Comentarios del Código Civil*, coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I, Bosch, 2006
- Almagro Nosete, J. *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillén*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1990.
- Alonso Ureba, A., "Contrato mercantil", Enciclopedia Jurídica Básica I, Civitas, Madrid, 1995.
- Amado Aranda, J.I., Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y como contrarrestarlas, *Revista de Derechos de Daños*, 2019-1.
- Anibarro, S. (coord.) "Comentarios al artículo 22 de la Ley de Arbitraje, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- Arias Lozano, D., "Artículo 21", en David Arias Lozano, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje 2003*, Aranzadi, Zizur Menor, 2005.
- Barona Vilar, S. "Introducción", en Barona Vilar, S (coord.), *Comentarios al Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2003, de 20 de mayo*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011
- Barona Vilar, S., "Artículo 40",n *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, coord. Silvia Barona Villar, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Introducción al Derecho de contratos", en AA. VV.: *Tratado de contratos*, tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Betancurt, J.C., *El Contrato de Arbitraje Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Broseta Pons, M. y Martínez Sanz, F. “Teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles”, en *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª edición, Tecnos, Madrid, 2021.

Burgos Ladrón de Guevara, J. “Aproximación la nueva Ley 60/2003 de Arbitraje”, *Revista La Ley* nº 6745, 2007.

Calaza López, S., *Garantías constitucionales del proceso judicial español*, Colex, Madrid, 2011.

Carrasco Perera, A., “Artículo 1001”, en Manuel Albaladejo coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial de la Revista de Derecho Privado de Madrid, Madrid, 1989.

Castro y Bravo, F. *Derecho civil de España. Parte general*. vol I, II, III y V. I.E.P. Madrid 1955.

Cesar Rivera, J., “Enfoque procesalista y contractualista del arbitraje con especial referencia a los derechos de Argentina y España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 38, 2020.

Chillón Medina, J.M., Merino Merchán, J.F, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ªed., Civitas, Madrid 1991.

Chocron Giráldez, A.M., Los principios procesales en el arbitraje, J.M. Bosch, Barcelona, 2010.

Clavería Gosálbez, L.H, *La casusa del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

Clay, T., “L´arbitre”, Editorial Dalloz, Paris, 2001.

construcción doctrinal” José María Boch Editor, Barcelona, 1994.

Cortes Domínguez, V., “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales”, De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S., coords., en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Cortes Domínguez, V., “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales”, De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. (coords.), en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Cremades, B., El arbitraje del siglo XXI, *Revista de La Ley*, nº1991.

Cremades, B.M., *Estudios sobre arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

De Angel Yagüez, R., “Artículo 21”, en Prats Albentosa (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, L.,La Ley, 2013, Madrid.

De Benito Llopis-Llobart, M., *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Cizur Menor.

De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.

De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

De la Maza Gazmuri, I., Vidal Olivares, D.A., *La Modernización de los Contratos*, Centro de Estudios de Derecho comparado, Madrid, 2019.

De Pablo Contreras, P., "Requisitos del contrato", en A.A.V.V., *Curso de Derecho civil*, vol I, Teoría general de las obligaciones y contratos, 4ª ed., Colex, Madrid, 2016.

Díaz-Ambrona Bardaji, Mª D., *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Colex, Madrid, 1982.

Díez-Picazo Ponce de León, I., "Comentarios al artículo 24", coordinador González Soria, J., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

Díez-Picazo Ponce de León, L., "Objeto del contrato" en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol I, Civitas- Thomson Reuters, 2007, Cizur Menor.

Díez-Picazo Ponce de León, L.: "Introducción Teoría del contrato", en *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol I, Civitas, Madrid, 2007.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., "Contrato y Libertad contractual" *Ponencia dictada y publicada en la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas*, Centro de Estudios Areces. Madrid, 1998.

Díez-Picazo, L. *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas. Madrid 1991.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2007.

Fenech y Carreras. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Bosch, Madrid, 1962.

Fernández de Bujan y Fernández, A. "La Deuda Histórica del arbitraje moderno". *Discurso leído el día 20 de enero de 2014*, en su acto de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Fernández Pérez, A., "Cláusulas Escalonadas Multifunción en el arreglo de Controversias Comerciales Internacionales", *Cuadernos de derecho Transnacional*, 2017, Volumen 9, nº.1

Fernández Rozas, J.C. (dir.), *La nueva Ley de Arbitraje*, CGPJ, Madrid, 2007.

Fernández Rozas, J.C. La situación actual del arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro, *Revistas de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986.

Fernández Rozas, J.C., “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversión*, vol VI, nº3, 2013.

Fernández Rozas, J.C., Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII.

Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.A, Fundamentos de Derecho Mercantil, 3ª ed, EDERSA,

Fernández-Ballesteros, M.A., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, Aranzadi, Navarra, 2004

García de Cortázar, E., “Artículo 20” en Prats Albentosa, L., (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid 2013

García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. *Curso de Derecho administrativo*, 4º ed., Civitas, Madrid, 1999, vol I, pp. 79 y ss.

García Vicente, J. R.: “Comentario al art. 1254”, en AA. VV; *Comentarios al Código civil* dir. R. Bercovitz, Rodríguez-Cano, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

García Vicente, J.R. “Comentarios al art. 1.254”., en *Comentarios al Código Civil* dir. R. Bercovitz, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Garrigues, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol.-Tomo 3, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963

Gasp, J., *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.

Gil Saldaña, M., “Sentencia de 3 de septiembre 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del vendedor en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo.”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia*, nº 83, Madrid, 2011.

Gómez Calle, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato Análisis de la Propuesta de Modificación del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXV, 1, 2012.

Gómez Jene, M., “La responsabilidad del árbitro: Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, nº2.

Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Civitas, Madrid 1979.

Gómez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2007.

Gómez-Iglesias Rosón, L. La reforma de los Reglamentos de Arbitraje y su impacto sobre el convenio arbitral, *Revista de Derecho UNED*, nº 21, 2017

González Campos, J. “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 52, nº2, 2000.

González Campos, J.D., Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado español. *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1975.

González Malabía, S., “Artículo 14. Arbitraje institucional” Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003 de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, en S. Barona Vilar (coord.), 2ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2011.

González Soria, J., “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Revista de arbitraje comercial y de inversión*, vo.l VI, nº3, 2013.

González-Soria y Moreno de la Santa, J., “La Responsabilidad de los Árbitros”. *Revista de Derecho UNED*, núm 17, 2015.

Guasp, J. *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.

Guzmán Fluja, V., “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios al artículo 22 de la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A., “Comentarios al Título I de la Ley 60/2003 de Arbitraje”, Martín Muñoz, A y Hierro Anibarro (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A, *El Arbitraje y la buena administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A. *Disposiciones generales en Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons. Barcelona 2006.

Hinojosa Segovia, R., *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006.

Hinojosa Segovia, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Grupo difusión, Madrid, 2008.

Hinojosa Segovia, R., *El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

Hinojosa Segovia, R., *El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio Jurisprudencial)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991

Lifante Vidal, I. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº25, 2002.

López Frías, A., “Ventas de viviendas a consumidores y préstamos hipotecarios dirigidos a su financiación: ¿conexión contractual relevante?”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2017.

López Frías, A., *Los Contratos Conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Boch Editor, Barcelona, 1994.

López López, A., “La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”, Díez Picazo (Dir.), Civitas, Madrid, 1998.

Lorca Navarrete, A.M. “Algunas propuestas sobre el tratamiento metodológico del convenio arbitral en el Proyecto de Ley de Arbitraje”, *Diario La Ley*, núm. 5921, 2003. Madrid 2001.

Marsal Guillamet, J. y Lauroba Lacasa, M.E., “Algunos mecanismos de protección de incumplimiento contractual en un futuro Derecho europeo de los contratos. Cumplimiento específico e indemnización de daños y perjuicios”, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, vol. II, Thomson Civitas, 2003.

Menéndez Menéndez, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

Merino Merchán, J.A. La Constitución de 1812 y el Arbitraje. Revista del Club Español del Arbitraje, nº 14, 2012.

Merino Merchán, J.F., “Firmeza y ejecutoriedad de la sentencia arbitral en el Derecho castellano de la recepción, en “*Pantas rei*”. Studi dedicati a Manlio Mellomo” Vol IV. Roma 2004.

Merino Merchán, J.F., “Principio dispositivo y acción de anulación”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, vol. X, nº3, 2017.

Montero Aroca, J. Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 1990.

Montero Aroca, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.

Muñoz Sabaté, L., “Artículo 17. Motivos de abstención y recusación.”, en coordinadores De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

Nieto-García, A., *El arbitrio judicial*. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

O’Callaghan Muñoz, X. y Pedreira Andrade, A. *Introducción al derecho civil patrimonial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.

Pantaleón Prieto, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, nº46, 4, Morales Moreno, A.M., *Claves de la modernización del Derecho de los contratos*, Grupo Editorial, Madrid, 2016.

Pelayo Gutiérrez, R., “La revisión ad intra de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, n. 8444, 57.

Pelayo Jiménez, R., “Arbitraje: Consecuencias de la anulación del laudo, en el denominado “contrato de arbitraje”, *Revista de derecho procesal*, nº 1, 2007.

Perales Viscasillas, Mª P., “¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL”, *Derecho de los negocios*, núm. 197, febrero 2007.

Perales Viscasillas, P. en Hinojosa Segovia, R., “La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) Consideraciones generales”.

Pico i Junoy, J. *La imparcialidad judicial y sus garantías*, J.M. Boch Editor, Barcelona 1998.

Pizarro Moreno, E., “Evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 25, 2010.

“Prácticum de Mediación”, Aranzadi, Madrid, 2014.

Prats Albentosa, L., *El Arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

Prieto Castro, L. “El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española”, en *Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil*, Tomo II. Civitas, Madrid 1950.

- Puig Brutau, J. *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1987, p. 169.
- Redondo Trigo, F., “Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre del 2010”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 274, marzo, 2011.
- Remón Peñalver, J., “Comentarios al Artículo 14” en González-Bueno, C. (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.
- Rivero Fernández, F., “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo*, Universidad de Murcia, 2004.
- Roca Sastre, R.M., “Prólogo a la obra de José Puig Brutau”. en *Estudios de derecho comparado. La Doctrina de los Actos Propios*, Ariel, Madrid 1951.
- Roca Trias, E, Morales Moreno, A.M., Díez-Picazo, L, Los Principios del Derecho Europeo de los contratos, Civitas, Madrid, 2002; Almagro Nosete, J, *Comentarios del Código Civil*, coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I, Bosch, Barcelona, 2006.
- Rodríguez González. J.L., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000.
- Rousseau, J.J. *El Contrato Social*, 1762.
- Salas Sánchez, P., “Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales”, en Ruiz Risueño, F. y Fernández Rozas, J.C. (coord.), *El Laudo Arbitral*, Tirant Lo Blanch, Madrid,
- Santos Briz, J., “Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 20, 1976.
- Santos Vijande, J., “El número impar y la imparcialidad como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2010.
- Silva Romero, E., “Introducción. El arbitraje examinado a la luz del derecho de obligaciones”, en Silva Romero, E (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.) *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005.
- Soler Presas, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1988.

Suárez Robledano, J.M., “Artículo 42”, en Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013.

Tomás Martínez, G., “Comentarios al artículo 24”, en coordinador Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *La Ley*, Grupo Walter Kluber, Madrid, 2013.

Vallet de Goytisolo, J.B., “Las Instituciones Jurídicas”. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 32, 2002.

Vargas Brand, I.N., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. La influencia del modelo angloamericano*, Derecho Privado, BOE, Madrid, 2023.

Vasco Gómez A, Arbitraje y resolución de conflictos en las competiciones de eSports, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, Monografía núm. 19, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Verdera y Tuells, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005.

Vicent Chuliá, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

Vicent Chulia, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

Virgos Soriano, M, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 14, 2006.

Virgos Soriano, M., 60 años del Convenio de Nueva York de 1958 desde la perspectiva del Derecho español, *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº. 35, 2019.

Xiol Ríos, J.A. “El arbitraje en la Constitución” en *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, (CIMA), Madrid, 2015.

Xiol Ríos, J.A., “Artículo 40. Acción de anulación del laudo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coord. Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

Anexo jurisprudencial

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de junio de 2020
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2020
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de mayo de 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 abril 2022
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de junio 2022
Auto del Tribunal Constitucional, de 20 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de febrero de 2005
Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2018
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1981
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de junio 2022
Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sala 5ª, de 26 de enero de 2011
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero 2004
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 26 de junio de 2001
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de junio de 2020
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2018
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de mayo de 1998
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 1996
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de noviembre de 1996
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1989
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de marzo de 1991.
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1993
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de noviembre de 1995
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1996
Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 1941
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo 2003
Sentencia del Tribunal Constitucional, 9 de julio de 2007
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de febrero de 2010
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 26 de abril de 2017
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de octubre
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 2010
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de enero de 2018
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de febrero del 2003
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2017
Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de febrero del 2012
Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2012
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de octubre de 2010
Sentencia del Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 2005
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de marzo de 1998
Auto del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1993
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2005
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2018
Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2017
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2005
Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2003
Sentencia del Tribunal Supremos, 9 de mayo de 2003
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de octubre de 2019
Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura, de 4 de junio de 2020
Auto del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1993
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de marzo del 2000
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de julio de 2018
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 4 de noviembre 2016
Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de febrero 2004
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de mayo de 2012
Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, de 15 de noviembre de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. de 14 de noviembre de 2014
Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de, 26 de julio de 2018
Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de noviembre de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de mayo de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de mayo de 2017
Auto del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1993

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de mayo de 2009
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de febrero de 2008
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de febrero de 2008
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de diciembre de 2007
Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 29 de abril 2005
Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de abril de 2008
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 25 de abril de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de octubre de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de octubre de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de julio 2014
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 mayo de 2012
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de enero de 1998
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de mayo de 1997
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de julio de 1998
Auto del Tribunal Constitucional, de 24 de octubre de 1979
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 enero de 2014
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de abril de 1986
Auto del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 1988
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de abril de 1985
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de abril de 1986
Auto del Tribunal Constitucional, de 5 de mayo de 1992
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de abril de 1986
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de enero de 1988
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de abril de 1989
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de marzo de 1992
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 junio de 1994
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de abril de 1988
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de octubre de 1989
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de noviembre de 1991
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1992

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre de 1993

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de enero 1994

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 mayo de 1995

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de junio 1997

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de enero de 1970, caso Delcourt,; de 1 de octubre de 1982, caso Piersack

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de octubre de 1984, caso De Cubber

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 29 de agosto de 1997, caso Worm, y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de octubre 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de septiembre de 1998

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de noviembre de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de enero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de junio de 2022

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1993

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2009

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de junio de 2009

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2008

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2015

Sentencia de Tribunal de Justicia de Aragón de 25 de junio de 2014

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2023

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de octubre de 2017

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre 2023

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de junio de 2016

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de febrero de 2014

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2015

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre de 2016

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de mayo de 2017

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de septiembre de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 19 de septiembre de 2023
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 54/2014, de 24 de febrero de 2014
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de mayo de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de octubre de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de septiembre de 2023
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 19 de septiembre de 2023
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de abril de 2018
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 3 de abril de 2018
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de mayo 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de enero de 2010
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de octubre de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 marzo de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de septiembre de 2014
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de abril de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de mayo de 2017
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de julio de 2013
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 2 de junio de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de septiembre de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de septiembre de 2015
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de julio de 2013

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 28 de enero de 2013
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de diciembre de 2007
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de julio de 2003
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2019
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 junio de 2016
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de abril de 2018
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero 2019
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de mayo de 2021, asunto Beg S.P. vs Italia
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de diciembre de 2023
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de enero de 2022
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 14 de marzo de 2024
Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de marzo de 2008
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de noviembre de 2010
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de septiembre de 2010
Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1985
Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 1991
Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1969
Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2008
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1990
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2022
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, 3 de junio de 2008
Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 17 de abril de 2008
Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 24 de septiembre de 2020
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero 2021
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre 1993
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1992
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2017