

**EL IMPULSO AL ARBITRAJE Y ALGUNAS DESLEALTADES AL
PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

La nueva ley de arbitraje
Estudios de Derecho Judicial nº 102 (2006), pp. 367-374
Consejo General del Poder Judicial

ISSN 8496809137

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Resumen:

En la práctica arbitral sucede que las partes y los árbitros designados se alejan de algunos principios fundamentales relativos a la selección, nombramiento y actuación de los árbitros. Esa conducta se califica como una deslealtad que se analiza en relación con la vigente Ley española de Arbitraje.

Palabras clave:

Arbitraje, procedimiento, árbitros, independencia, nombramiento.

Abstract:

In arbitration practice, it is outstanding how parties and appointed arbitrators do move away from certain basic principles with respect to the selection, appointment and conduct the arbitrators . Such behaviour is considered as unfair and is analyzed with regard to the Spanish Arbitration Act in force.

Key Words:

Arbitration, procedure, arbitrators, independence, appointment.

EL IMPULSO AL ARBITRAJE Y ALGUNAS DESLEALTADES AL PROCEDIMIENTO
ARBITRAL*

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

SUMARIO:

I.- Punto de partida: el impulso normativo al desarrollo del arbitraje	4
II.- Cultura arbitral y referencia a algunas <i>deslealtades</i> hacia el procedimiento arbitral	6
1. Deslealtad hacia el convenio arbitral	7
2. Deslealtad a la independencia de los árbitros	8
3. La deslealtad hacia el procedimiento	10

* Transcripción de la intervención inicial del autor en la "Mesa Redonda" que cerró el Curso.

I.- Punto de partida: el impulso normativo al desarrollo del arbitraje

1. Permítanme que comience agradeciendo a los organizadores de este Curso y, en particular a su Director, el Profesor Fernández Rozas, la oportunidad de participar en el mismo. Me propone que exprese mi parecer sobre lo que implica la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (en adelante, LA) y que lo haga desde la perspectiva de mi experiencia en algunos procedimientos arbitrales nacionales e internacionales en que he tenido la ocasión de participar. En consecuencia, agradeceré a todos que tengan en cuenta que mis palabras reflejan una valoración subjetiva de lo que puede significar la nueva Ley, y que esa valoración meramente empírica carece del presupuesto de un estudio reposado de cuestiones contenidas en la nueva regulación, al modo que han hecho algunos de los autores de las cuidadas ponencias que han tenido ocasión de escuchar en anteriores sesiones del Curso.

2. La que se nos presenta como nueva Ley de Arbitraje, a pesar de que ya se han cumplido casi dos años desde su promulgación, tiene como principal justificación la incorporación de un determinado modelo normativo. Basta con recordar la Exposición de Motivos, cuyo primer apartado indica que *“su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje”* en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985. Esta iniciativa legislativa propone inmediatamente dos cuestiones fundamentales: la relación que la nueva Ley presenta con respecto a la precedente Ley 36/1988 de Arbitraje y la

idoneidad de la regulación de la institución arbitral en nuestro ordenamiento a través de la incorporación del modelo uniforme.

3. Probablemente la respuesta correcta a esas dos cuestiones parta de alterar el orden de su planteamiento. En efecto, la decisión esencial de política legislativa que expresa la nueva norma es la incorporación de la indicada Ley Modelo, es decir, la incardinación del arbitraje dentro del llamado Derecho uniforme. Estamos ante una manifestación concreta y relevante de la que viene siendo definida como una tendencia clásica de nuestra disciplina: la internacionalización del Derecho mercantil. En la medida en que es innegable la proyección internacional del arbitraje – en cuyo desarrollo se ha advertido siempre una estrecha relación precisamente con el correspondiente de las relaciones comerciales internacionales-, parece una solución acertada optar por una regulación acorde con aquella proyección. Desde un punto de vista técnico, la Ley Modelo ofrece un marco común para el arbitraje internacional y para el que no lo es, y esa flexibilidad y conformidad con la normativa aplicable a la institución en otros ordenamientos es una indiscutible ventaja para la difusión y para la práctica de todo arbitraje.

4. La misma Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, no escatima elogios hacia lo que ha supuesto la norma precedente. En particular, creo que es un hecho fuera de toda duda que la Ley 36/1988 ha coincidido con una notable expansión del uso del arbitraje en todo tipo de procedimientos. Digo que ha coincidido porque es notorio que la expansión del arbitraje responderá a diversas causas además de la estrictamente normativa. La observación de la realidad económica enseña que a un mayor desarrollo y crecimiento de las relaciones

económicas, sigue un mayor recurso al procedimiento arbitral. Pero la Ley de Arbitraje ahora derogada coadyuvó de manera notable para que ese recurso al arbitraje fuera mayor. Para que un número creciente de instituciones impulsaran sus propias Cortes o Tribunales Arbitrales. Para que la práctica arbitral dejara de ser un coto reservado a unos cuantos iniciados, atrayendo a un creciente número de profesionales jurídicos de diversa extracción. Para que, en definitiva, se difundiera de manera notable entre nuestras empresas lo que se ha denominado la cultura arbitral, como la opción a favor de la resolución extrajudicial de conflictos.

II.- Cultura arbitral y referencia a algunas *deslealtades* hacia el procedimiento arbitral

5. Como se me pide algo tan poco jurídico como un pronóstico, me atrevo a indicar que el reconocimiento del arbitraje debe de continuar el crecimiento experimentado bajo la anterior norma. Es más, pienso que esa aproximación normativa debería intensificar el número de procedimientos arbitrales y la importancia de las cuestiones sometidas a los mismos. De una apresurada comparación entre el nuevo Derecho arbitral y el derogado, no deduzco cambios sustanciales que puedan amenazar el modelo vigente. Al contrario, que se parta de la Ley Modelo se convierte en una razón a favor de una consolidación del arbitraje en nuestra vida empresarial y en la práctica profesional, aportando mayor flexibilidad y facilidades para la ejecución del laudo.

6. Volviendo a lo que son valoraciones subjetivas, sí creo que más allá del modelo legislativo, el desarrollo de la cultura arbitral entre nosotros

va a depender de que algunas situaciones criticables –que al menos así les parece a quien les habla- encuentren un resquicio cada vez menor para su práctica. Me refiero a lo que, por presentarlas agrupadas bajo una característica común, constituyen un conjunto de actuaciones calificables como contradictorias: quien opta por el arbitraje, de una manera o de otra, opera en contra de su correcta administración. Creo que son ejemplos de lo que cabría llamar “*la deslealtad arbitral*”. Antes de concretar algunos de esos ejemplos, permítanme que vuelva a afirmar, en mi descargo, que se trata de opiniones que no tienen otro fundamento que el de una percepción individual – en la que me hago eco de experiencias comentadas y contrastadas con otros colegas - y que por ello, son susceptibles de una valoración distinta por aquellos que tengan una experiencia de sentido opuesto. Además, debo también apelar a su indulgencia a la hora de no confundir el alcance de mis observaciones. Voy a centrarme en lo que probablemente sea más llamativo: las excepciones a una regla general del buen funcionamiento del procedimiento arbitral. Pero todos somos conscientes de que, en no pocas ocasiones, lo correcto aburre y lo que llama la atención es lo deficiente. Que antes que los aciertos de una regulación, nos atraen sus posibles transgresiones. Paso a enunciar algunas de esas deficiencias o deslealtades hacia el procedimiento arbitral.

1. Deslealtad hacia el convenio arbitral

7. La primera consiste en la deslealtad hacia el propio convenio arbitral. En esa práctica tan extendida de negar vigencia a una cláusula arbitral a pesar de sus claros términos. Maniobra que muchas veces no tiene sino una finalidad esencialmente dilatoria pero que, para empezar, nos sitúa

ante una concreción de una conducta antijurídica tan simple como la de ir contra los propios actos. ¡Cuántas referencias jurisprudenciales ponen de manifiesto una conducta rebelde a someterse al convenio arbitral indiscutiblemente querido cuando se formalizó el contrato o la operación que lo integra! Los términos de los arts. 8 y 11 LA, entiendo que facilitarán la apreciación de si se ha producido, o no, una válida sumisión al arbitraje que descarta la paralización del mismo.

2. Deslealtad a la independencia de los árbitros

8. La segunda deslealtad es la que se refiere al principio de la independencia de los árbitros (art. 17 y ss. LA). Este principio se ve especialmente cuestionado en aquellos supuestos en los que a las partes compete designar a alguno de los miembros del Tribunal arbitral. Lógicamente, cualquiera de las partes pretende que prospere su pretensión y piensa que para ello, nada mejor que empezar por el principio: la identidad de los futuros árbitros. En lugar de seleccionar a personas que cumplan el perfil propio de la figura, lo que hacen algunas partes es proponer directamente a abogados vinculados con ellas o con sus defensas. De esta forma, en algunos procedimientos el árbitro se convierte en una suerte de prolongación de la defensa. De la de cada parte sin excepción. Con ello, la decisión final acaba dependiendo de la que adopte el árbitro comúnmente denominado "*dirimente*".

9. Estamos ante una práctica que vulnera los propios fundamentos de la institución arbitral. Ahora bien, creo que lo que importa es identificar al responsable último de ese efecto indeseable. En mi opinión, esa

responsabilidad recae, en primer lugar y sin duda, sobre el propio árbitro. Por definición la parte en un procedimiento arbitral no busca la solución más justa, sino la más conveniente a sus intereses. Para ello, la designación de “su” árbitro es una de las medidas posibles, entre muchas otras legítimas. La independencia que reclama la ley es una condición propia del árbitro, no sólo en el sentido de que debe poder afirmarse de su persona y de sus vinculaciones con las partes del procedimiento, sino sobre todo porque es al propio árbitro a quien compete confirmarla (normalmente al inicio del procedimiento y mediante la correspondiente declaración) y defenderla (a lo largo del procedimiento y una vez que su nombramiento fue efectivo). El buen árbitro es el que impone su independencia, probablemente desde la sabia consideración de que en ello va su prestigio y que su futura actuación como árbitro va a verse favorecida por una conducta conforme con su criterio, y no por plegarlo a las exigencias de un caso concreto.

10. Siendo la independencia una de los pilares de todo el edificio arbitral, creo que su fomento también va a depender en gran medida de aquellas instituciones en cuyo seno se desarrolla. Para exponerlo con claridad, indicaré que en ocasiones la lectura de la lista de candidatos elegibles como árbitro en algunas instituciones o la repetición de quienes son nombrados –especialmente en asuntos de importancia– llevan a pensar que se trata de instituciones cuyos criterios de selección de posibles árbitros no resultan claros, puesto que, por ejemplo, se repiten siempre ciertos nombramientos allí donde las pretensiones en disputa son cuantiosas. En sentido opuesto, el criterio de selección y designación de árbitros efectivamente independientes se convierte en

uno de los factores determinantes de la elección de determinadas Cortes arbitrales. En especial, de aquellas cuyas normas les confían la designación, sin intervención de las partes más allá de la ratificación de los propuestos, eligiendo a éstos de entre personas especialmente reputadas, que además acrecientan en cada procedimiento las razones de su nombramiento.

3. La deslealtad hacia el procedimiento

11. La tercera deslealtad se dirige contra el propio procedimiento arbitral, en concreto contra la sustanciación de las actuaciones arbitrales (v. el Título V LA) . El arbitraje tiene como una de sus características ventajas la de su flexibilidad. Ésta implica permitir a las partes y también a los árbitros una actuación que no va a estar sometida a los estrictos cauces del procedimiento civil. Todos sabemos que la flexibilidad arbitral no debe de ser sinónimo de la vulneración de límites infranqueables como son las garantías procesales que tienen asiento en el art. 24.2 de nuestra Constitución. A pesar de ello, no deja de ser significativo cómo el desarrollo de muchas diligencias y pruebas arbitrales da lugar a la exigencia por las partes de un desarrollo mimético del que esa misma prueba merecería ante un Tribunal, pretensión que si no se ve satisfecha va acompañada de todo tipo de advertencias con respecto al procedimiento y al futuro laudo. Sin duda, ello es debido a una cierta inercia en la práctica de las pruebas y a la tranquilidad de transitar por un camino conocido. Pero entiendo que la causa puede encontrarse también en un discutible ejercicio de la flexibilidad. Las partes y los árbitros deben acordar unas reglas de procedimiento claras, a las que todos se atengan, sin que la repetida

flexibilidad dé paso a un alargamiento de trámites adicionales para alegaciones sobre un punto específico o a la aportación de documentos de manera inopinada.

12. Es también un lugar común destacar su agilidad como otra de las características ventajas del arbitraje. Frente a la tardanza que presenta la resolución firme de un litigio en vía jurisdiccional (ciertamente aliviada por medio de la aceptación de la ejecución provisional como regla general), la opción arbitral responde al interés por acortar sustancialmente la solución al conflicto. Así sucede, en efecto, en la mayoría de los casos. Los procedimientos arbitrales suelen traducirse en una pronta decisión, sobre todo si se compara lo que la resolución de esa misma pretensión habría supuesto en el ámbito jurisdiccional. No faltan, sin embargo, ejemplos de una manifiesta deslealtad hacia esa agilidad. Reproche que cabe hacer, en primer lugar, a aquellas partes que intentan que sean admitidos medios de prueba manifiestamente impertinentes o redundantes o que reivindican innecesarios, por prematuros o repetitivos, trámites de alegaciones o conclusiones. Al Tribunal arbitral compete limitar esos excesos. Ahora bien, en segundo término, también cabe indicar a los propios árbitros como responsables en las dilaciones indebidas. Se asiste en algunos casos a inexplicables tardanzas en la práctica de algunas diligencias, a suspensiones de hecho del procedimiento o a reiterados aplazamientos en la notificación del laudo, de manera que el conjunto del procedimiento acaba en una triste equiparación con lo que habría supuesto su tramitación judicial, con el consiguiente descrédito para la institución arbitral.

13. Por último, hay que referirse al núcleo del procedimiento arbitral, esto es, el momento fatal del laudo, el fallo sobre la controversia sometida a arbitraje. Con cierta frecuencia, los árbitros - al fin, más abogados que jueces, a causa de su formación y experiencia - caían en la tentación "*salomónica*", es decir, la búsqueda de soluciones de compromiso en las que ambas partes vieran satisfechas parcialmente sus pretensiones, en un intento de zanjar la discrepancia por un término medio. Por supuesto, ello ha conducido a menudo a resoluciones que bien merecían el nombre de fallos, injustas por dar a quien no merecía. Sin embargo, con un movimiento pendular, se observa un firme cambio de corriente, proclamándose ahora los árbitros como enemigos de lo salomónico. Por desgracia, ello conduce también a veces a soluciones injustas, en las que se desiste de atender a los matices y zonas grises de la controversia para evitar que el laudo sea tildado de componenda. Creo que, aun cuando el arbitraje sustituya a la jurisdicción, en el fondo muchos intervinientes en procedimientos arbitrales quisieran ver en el árbitro más a un amigable componedor que a un juez sin toga. O sea, que, si bien el árbitro debe decidir de modo similar al juez, las partes que suscriben un convenio arbitral no lo hacen sólo por razones de ahorro de tiempo o dinero, o por el secreto de las actuaciones (aspectos que suelen subrayarse como características favorables del arbitraje frente a la jurisdicción), sino también o sobre todo porque en el árbitro confían haber encontrado a un profesional experto quien podrá examinar con mayor dedicación la controversia, aventurándose sin miedo en los claroscuros del debate.