

Los árbitros en el sistema español

ANA MONTESINOS GARCÍA*

I. Introducción

El arbitraje, como medio heterocompositivo de solución de controversias que es, consiste necesariamente en un *actus trium personarum*, en donde se requiere la presencia de al menos dos personas enfrentadas entre si y que ocupen posiciones jurídicas contrapuestas: las partes, y la de un tercero neutral y ajeno a la litis que proporcione la solución al conflicto, es decir, el árbitro, a quien vamos a dedicar este trabajo.

La ley arbitral española, la ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante LA) dedica dos títulos a los árbitros: el título III (arts. 12 – 21 LA) en donde bajo la rúbrica, «*De los árbitros*», se contemplan numerosos aspectos, entre otros, el número de árbitros que debe intervenir en un arbitraje, la capacidad de éstos, el arbitraje institucional, el nombramiento de los árbitros, etc.¹ y, el título IV (arts. 22 – 23 LA) que regula la competencia de los árbitros. A todos estos extremos vamos a referirnos a continuación.

* Doctora en Derecho Procesal por la Universidad de Valencia.

¹ Se trata de un título inspirado claramente en el capítulo III de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, UNCITRAL); reflejo de ello es el artículo 13 LA que es casi idéntico al artículo 11 de la Ley Modelo.

Debemos remarcar que el legislador español utiliza el término «árbitro» y no tribunal arbitral como hacía la anterior ley de arbitraje de 1988, con el objetivo de evitar confusiones con los tribunales jurisdiccionales, tal y como explica la misma Exposición de Motivos de la LA.

II. Estatuto de los árbitros

El número de árbitros que va a resolver la controversia objeto de arbitraje podrá ser fijado libremente por las partes, siempre y cuando no se opte por el arbitraje institucional, en cuyo caso se estará a lo que digan los estatutos de dicha institución, o se difiera a un tercero tal decisión (art. 4. a, LA).

En todo caso, el número deberá ser impar para evitar con ello los empates y las dificultades de lograr mayorías en las votaciones cuando los árbitros son más de uno, lo que resulta totalmente lógico y se corresponde con la composición de los órganos judiciales; en el supuesto en que las partes no alcancen un acuerdo, se designará únicamente un árbitro². Lo contrario sucedía en la ley de arbitraje de 1988, en donde se optó por establecer que, a falta de acuerdo, se designarán tres árbitros en vez de uno; en la nueva ley, el criterio se ha modificado con el objetivo de agilizar y abaratar el procedimiento arbitral, pues tal y como señala la Exposición de Motivos de la ley, se trata de una «*opción guiada por razones de economía*», sobre todo en aquellos supuestos en los que las controversias sometidas a arbitraje son de una cuantía poco relevante, como puede ser un pequeño litigio surgido a través de una compra

² Existen argumentos a favor y en contra de que sea tan solo un árbitro el que decida el laudo. Los argumentos a favor se centran en: una mayor economía de medios y mayor rapidez en la sustanciación del procedimiento arbitral, mientras que por el contrario, se entiende que la existencia de varios árbitros conlleva, por ejemplo, una responsabilidad compartida y mayores posibilidades de acierto en el enjuiciamiento, sobre todo para arbitrajes que contemplan cuestiones complejas. En los arbitrajes internacionales, y por ello el contenido del artículo 10 Ley Modelo UNCITRAL, la colegialidad del árbitro está más consolidada por diversos factores, tales como: el deseo de los implicados en la participación de árbitros de parte, de constituir un tribunal neutral con respecto a la nacionalidad de las partes, necesidad de nombrar árbitros especializados en diferentes materias, etc. GIBERT POMATA, M., «Título II. de los árbitros» en, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R), Difusión jurídica y Temas de Actualidad Ed., Barcelona, 2004, p. 80. Debemos tener en cuenta, que cuando ante un arbitraje sectorial nos encontremos, por ejemplo, ante un arbitraje de consumo, la regla general, a la inversa de lo que sucede con el resto de arbitrajes, es que el número de árbitros sea tres, al resultar necesario que dos sectores implicados se encuentren representados, lo que exige la existencia de un órgano colegiado.

venta realizada en la Red. Nada impide que si las partes acuden a un arbitraje institucional, éste prevea otra norma al respecto³.

Sin embargo, la ley arbitral no fija un número máximo de árbitros aunque, generalmente, éste número no suele ser elevado dado que los honorarios de los árbitros son las partes quienes los sufragan y podría encarecerse enormemente el proceso.

La determinación del número de árbitros forma parte del contenido típico del convenio arbitral, a pesar de que la ley no exija que conste necesariamente en él (art. 9 LA); las partes también podrán determinarlo en un momento posterior, a través de acuerdos complementarios (SAP León de 14 de junio de 1993⁴). Si por error las partes designasen un número par, tal designación no será válida, se tendrá como no puesta y se exigirá una nueva designación, o a falta de acuerdo, el árbitro será uno (AAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993⁵). Si, aunque se trate de un hipotético caso bastante improbable, el arbitraje se desarrollase con un número par de árbitros, todo él sería nulo y podría interponerse posteriormente la acción de anulación del laudo (art. 41.1.d, LA).

Una vez aclarado el número de árbitros que pueden actuar en el proceso arbitral, debemos determinar quiénes pueden serlo, es decir, quiénes ostentan la capacidad suficiente para ser árbitros. La respuesta la hallamos en el artículo 13 LA, que proclama que sólo pueden ser árbitros las personas físicas, nunca las jurídicas⁶, que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, es decir, que tengan plena capacidad jurídica de obrar, lo que conlleva una remisión a las normas del Código Civil⁷. Sin embargo, establece expresamente la ley una

³ Numerosos reglamentos de tribunales o cortes arbitrales prevén que la propia institución determine el número de árbitros ante la ausencia de acuerdo de la partes; entre ellos, destacamos el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia, aprobado por acuerdo el 29 de marzo de 2004 del Pleno de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, cuyo artículo 15 dispone: «de no estar previsto en el convenio arbitral, la Junta de Gobierno designará el árbitro o árbitros, en número de uno o tres, con entera libertad de criterio, atendiendo preferentemente a la naturaleza de la cuestión planteada y al lugar de celebración del arbitraje, sin más limitaciones que las que imponga la Ley».

⁴ AC 1993/1258.

⁵ AC 1993/1601.

⁶ Cuestión distinta es la condición de persona jurídica que ostenta la institución arbitral que administra el arbitraje, en donde sus árbitros sí serán personas físicas.

⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley señala: «En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la Ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena».

excepción al respecto: siempre que la legislación a la que están sometidos en el ejercicio de su profesión no lo impida (art. 13 LA)⁸.

Nos preguntamos en que momento debe exigirse la concurrencia de estos requisitos. La nueva ley arbitral, a diferencia de la ley de 1988, no se pronuncia al respecto, pero —consideramos— que tal condición deberá ostentarla en todo momento, desde que se propone su nombramiento hasta que dicta el laudo definitivo⁹.

El mismo artículo 13 LA, al igual que el artículo 11.1 de la Ley Modelo, declara que la nacionalidad de una persona no deberá resultar un obstáculo a la hora de designar a un árbitro, aunque, una vez más, añade: «*salvo acuerdo en contrario de las partes*», lo que significa que las partes si podrán acordar una determinada nacionalidad del árbitro/s que va a dirimir su controversia, sin que por ello, el arbitraje y el laudo dejen de ser españoles. Además, será posible que exista un colegio arbitral integrado por árbitros de distinta nacionalidad¹⁰.

Como hemos mencionado *supra*, la exigencia general para todo árbitro debe ser la de estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, mientras que proclama la ley de arbitraje un requisito adicional para el arbitraje de Derecho: «*ser abogado en ejercicio*¹¹», salvo acuerdo expreso en contrario, pudien-

⁸ Enunciación general que sustituye al artículo 12.2 de la LA de 1988, en donde se señalaba: «*tampoco podrán actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas ni retribuidas ni por arancel*». Ahora la nueva LA se limita a decir: «*siempre que no se lo impida la legislación a la que pueden estar sometidos en el ejercicio de su profesión*», como, por ejemplo, ocurre en el caso de los fiscales, a los cuales su Estatuto (art. 57 EOMF), impone que el ejercicio de los cargos fiscales es incompatible con el de cualquier jurisdicción, así como la participación en actividades u órganos de arbitraje.

⁹ La ley arbitral de 1988 exigía que los árbitros se hallaran en pleno ejercicio de sus derechos civiles «desde su aceptación», lo que provocó numerosos interrogantes.

¹⁰ El único problema que podría surgir, es el referente a la ley aplicable para determinar la capacidad del árbitro, pero, como opina MONTERO AROCA, nada impide acudir al artículo 9.1 CC, con la consiguiente remisión a la ley personal del árbitro determinada por su nacionalidad. *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 76. El artículo 15. 6 LA manifiesta al respecto: «*En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes*».

¹¹ Dicha condición la ostentan, «*quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados*», tal y como dispone el artículo 9.1 RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

do, por tanto, esta condición ser obviada por las partes (art. 15.1 LA)¹². Excepción esta última que se convierte en una novedad sumamente importante introducida en la nueva ley arbitral, por la que se permite la entrada a determinados profesionales del Derecho que, hasta el momento, no les era permitido ser árbitros y que, evidentemente, pueden resultar sumamente eficaces y cualificados para ejercer dicha función, tanto o más que cualquier abogado en ejercicio. La exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio —consideramos— carece actualmente de justificación¹³. Existen, por ejemplo, jueces y magistrados que ya no están en activo, catedráticos de Derecho, etc., en definitiva, personas con una sólida formación en el mundo del Derecho y sumamente dotados de conocimientos y experiencia para arbitrar conflictos que hasta la llegada de la nueva ley arbitral, por carecer de la condición de abogados en ejercicio, no podían hacerlo¹⁴.

Nada impide la ley que las partes, en ejercicio de su libre autonomía, acuerden que sea árbitro, quien además de ser experto en Derecho (en el caso

¹² Considero que dicha exigencia debería haberse contemplado en el artículo 13 LA relativo a la capacidad de los árbitros, y no en este artículo 15 LA referente a su nombramiento. Se trata de una exigencia que se proclama, lógicamente, solo del arbitraje de Derecho, mientras que para los arbitrajes de equidad no se requiere ninguna exigencia adicional, es decir, no se requiere que los árbitros sean profesionales o expertos en la materia objeto de arbitraje, pues resulta evidente que deberán ostentar tal condición.

¹³ En idéntico sentido, STAMPA CASAS, G., «Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de arbitraje», Diario La Ley, n.º 5785, de 21 de mayo de 2003, p. 171

¹⁴ En esta misma línea se pronuncia, aunque con respecto de la ley de 1988, RUIZ GIMENEZ, J. A., quien señala expresamente: «La condición de ser abogado en ejercicio no es de ningún modo, garantía de un «manejo» adecuado del derecho aplicable al asunto, ni mucho menos de una correcta motivación del laudo. Además, aplicando este criterio, se dejan de lado a personas igualmente o más válidas para llevar a cabo un arbitraje de Derecho que un abogado en ejercicio. Es este el caso, por ejemplo, de Profesores y Catedráticos de Derecho, de abogados no ejercientes o, simplemente, de licenciados en Derecho que, de un modo u otro, puedan estar igualmente familiarizados con el «manejo» de las leyes y su aplicación... Por tanto, en principio, el criterio de tener preceptivamente que ser abogado en ejercicio para poder ser árbitro de Derecho no satisface la finalidad perseguida y, cuando menos, debería de producirse cierta relajación, de algún modo, en este requisito constitutivo de la capacidad para ser árbitro de Derecho en orden a una mayor integración del arbitraje de Derecho en determinados colectivos ajenos al exclusivo ámbito de la abogacía ejerciente, pero no por ello menos preparados o cualificados para llevar a cabo un arbitraje de Derecho o para desempeñar las funciones arbitrales propias de aquél». «El árbitro «escabino»: hipótesis de la preceptiva especialización del árbitro como requisito esencial constitutivo de la capacidad para ser o actuar como árbitro en el ámbito de la Ley 36/1998 de arbitraje», RVDPA, 2001-1, pp. 329-341. Vid, FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «Notas en torno al artículo 12 de la ley de arbitraje», Actualidad civil, 1997- 4, pp. 969-1003.

de un arbitraje de Derecho), lo sea en una materia concreta y especializada¹⁵. Sin embargo, en la nueva ley arbitral nada se impone, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena. La ley tampoco exige al futuro árbitro conocimientos específicos en materia de arbitraje¹⁶.

III. Nombramiento y aceptación del árbitro

El nombramiento del árbitro se regula en el artículo 15 LA donde, ante todo, se prima la libertad de las partes para determinar el procedimiento de designación de los árbitros, siempre y cuando no se vulnere el principio fundamental de igualdad de las partes en el proceso¹⁷.

Son diversas las posibilidades de nombramiento de los árbitros, pues éstos podrán ser designados: a) Por las partes de mutuo acuerdo cuando ante un arbitraje *ad hoc* nos encontramos, b) Por un tercero, distinto de las instituciones mencionadas en el apartado siguiente, elegido por las partes para la elección de los árbitros, (art. 4 LA), c) Por corporaciones de Derecho público o asociaciones sin ánimo de lucro, cuando nos hallemos ante un arbitraje institucional, d) Por el juez de primera instancia del lugar del arbitraje (art. 8.1 LA).

Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros que van a dirimir su controversia (englobamos en este supuesto, las tres primeras opciones mencionadas *supra*), la ley arbitral otorga unas reglas subsidiarias previstas en el artículo 15. 2 LA que requieren la intervención judicial con el fin de evitar la paralización del arbitraje y que éste no se vea frustrado. En estos supuestos, la designación judicial de los árbitros dependerá del núme-

¹⁵ Por ejemplo, en el caso de hallarnos ante una arbitraje que resuelve un conflicto sobre comercio electrónico, resultará mucho más adecuado que las partes acudan a un especialista en la materia, como puede ser un catedrático de Derecho mercantil especializado en Derecho y nuevas tecnologías que a un abogado que ostente la condición de abogado en ejercicio, que por el mero de hecho de haber finalizado la carrera y haberse colegiado no supone que sea capaz de arbitrar la controversia.

¹⁶ Sin embargo, la ley arbitral no requiere una experiencia temporal mínima en lo que al ejercicio de la abogacía se refiere, como hacía la ley arbitral de 1988 en su artículo 41. 2 que exigía «*más de cinco años de ejercicio profesional*».

¹⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley señala: «*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*».

ro de árbitros a los que las partes han decidido acudir, y con base en ello, la misma ley diferencia tres situaciones:

- I) En el caso en el que las partes hayan decidido acudir a un solo árbitro o bien las partes no se hayan pronunciado al respecto, en virtud del artículo 12 LA, se acudirá a un solo árbitro que será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- II) En el arbitraje con tres árbitros se resolverá de la siguiente manera: cada una de las partes, que podrá estar formada por una pluralidad de personas, nombrará a un árbitro en un plazo de treinta días desde la recepción del requerimiento de la contraparte para que proceda a realizarlo, y el tercero será designado por éstos dos árbitros elegidos por las partes también en el plazo de treinta días siguientes al día que acepte el último árbitro designado por una de las partes; éste tercero actuará como presidente del colegio arbitral.

Observamos como en este supuesto, si todo se desarrolla correctamente no se requiere la presencia judicial, sin embargo, si alguna de las partes, las dos, o los árbitros que deben nombrar al tercero no lo deciden en el plazo previsto legalmente, cualquiera de las partes podrá requerir la intervención judicial para dicho nombramiento.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- III) Finalmente, cuando se haya solicitado la existencia de más de tres árbitros, todos ellos serán nombrados como en el primer supuesto, es decir, por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

El nombramiento judicial de los árbitros requiere, en todo momento, la petición de parte, que deberá dirigirse al juez competente, que es, tal y como predica el artículo 8.1 LA, el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje y en caso en el que éste no esté aún determinado, será el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, será el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

¹⁸ Su no tramitación por la vía del juicio verbal debe dar lugar a la nulidad de las actuaciones, tal y como señala el AAP Gerona de 8 de marzo de 2000, (AC 2000/592).

Dicho nombramiento se sustanciará por los trámites de un juicio verbal (arts. 437 y ss LEC)¹⁸. Presentada la solicitud, acompañando el convenio y demás acuerdos complementarios, el juez solamente puede pronunciarse sobre aquello que le ha sido sometido a su consideración, sin poder entrar a valorar otros aspectos como podría ser la arbitrabilidad de la controversia, la capacidad de las partes, etc. El único control de oficio que podrá llevar a cabo el juez competente será cuando de los documentos aportados no resulte la existencia de un convenio arbitral, y en este supuesto si se podrá recurrir en apelación, a diferencia de lo que ocurre con el resto de resoluciones definitivas del juez que decidan sobre el nombramiento de los árbitros, contra las que no cabrá recurso alguno.

El juez resolverá teniendo en cuenta, de nuevo, el número de árbitros, de tal forma que si el número de árbitros es tres o superior, el juez deberá confeccionar una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado, al confeccionar dicha lista deberá tener en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad; mientras que si se trata de un solo árbitro deberá tener también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. En ambos casos se procederá al nombramiento mediante sorteo (art. 15. 6 LA).

En lo que a la figura del presidente del colegio arbitral se refiere, su designación dependerá de si nos encontramos ante un arbitraje institucional o no¹⁹. En el primer supuesto, estaremos a lo dispuesto en el reglamento de la institución correspondiente, mientras que si nos encontramos ante un arbitraje *ad hoc*, distinguimos dos supuestos: a) si se trata de un arbitraje con tres árbitros, serán los dos árbitros designados por las partes quienes lo nombren, mientras que, b) en el arbitraje con más de tres árbitros, todos los árbitros serán nombrados por el tribunal competente, sin que contenga la ley referencia alguna a la figura del presidente; en este caso, lo más usual en la práctica será que el tribunal designe al presidente de entre los árbitros nombrados. Sin embargo, no prevé la ley el nombramiento de un secretario (aunque tampoco lo prohí-

¹⁹ Recordemos que cuando haya más de un árbitro, toda decisión que deba adoptarse, se hará por mayoría de árbitros, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente. Además, salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (art. 35 LA).

be), a diferencia de su predecesora que si contemplaba esta figura (art. 20 LA 1988); ante tal omisión, solo cabe comprender que serán bien las partes de común acuerdo o los propios árbitros quienes decidan si se requiere su intervención o no, cuyas funciones serán únicamente administrativas.

El nombramiento del árbitro debe llevar aparejada la aceptación por su parte del cargo, que deberá ser notificada a la persona, institución u órgano judicial que los haya designado, siempre y cuando las partes no hayan convenido otro plazo, dentro de los quince días siguientes a la comunicación del nombramiento, comunicación que, a pesar de que nada diga la ley, debe contener, como mínimo, además del nombramiento del árbitro, el plazo para contestar, así como una somera descripción o referencia del objeto de la controversia, con el objetivo de que éste pueda aceptar su encargo (art. 16 LA)²⁰.

Para evitar demoras en el procedimiento arbitral, lo deseable será que presente tal aceptación tan pronto como adopte su decisión, sin necesidad de agotar el plazo previsto legalmente²¹. En todo caso, si el árbitro contesta rechazando tal proposición o, en el plazo previsto no comunica su aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento (art. 16 LA), e implica la necesidad de proceder a una nueva designación. La aceptación extemporánea del árbitro puede convertirse en un motivo de anulación del laudo (art. 41 .1 d, LA), sin embargo, si la designación la realizaron las partes, nada impide a que éstas, de común acuerdo, den por válida la aceptación del árbitro realizada fuera de plazo, (SAP Madrid de 24 de septiembre de 2002²²).

Debemos tener claro que el árbitro no tiene obligación alguna de aceptar la designación como árbitro ni tampoco de justificar su rechazo, pues la función de árbitro no constituye una carga, sino un mero encargo de libre acepta-

²⁰ Se ha suprimido la referencia que contenía la ley de arbitraje de 1988 que requería que su aceptación se formulara por escrito.

Evidentemente, una vez las personas que procedieron a la designación y posterior comunicación al árbitro han sido notificadas de la aceptación del árbitro deberán comunicárselo inmediatamente a las partes, siempre y cuando claro está, no fueron ellas las que procedieron a su nombramiento. En este momento debemos puntualizar, como ha hecho MONTERO AROCA, J., que en el supuesto en el que procedió a la designación de los árbitros un tercero nombrado por las partes, en virtud del artículo 4 LA, éste no tendrá la obligación de comunicar su nombramiento a los árbitros, en la medida en que el tercero ha cumplido el encargo poniendo en conocimiento de las partes la designación que ha realizado, debiendo las partes, por tanto, encargarse de tal misión. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 90.

²¹ El momento de esta comunicación a las partes no implica ya, como regla general, a diferencia de lo que disponía la ley arbitral de 1988, el inicio del arbitraje.

²² JUR 2003/22969.

ción²³. Si el árbitro acepta, comenzará su actuación en el proceso debiéndose comprometer a ejercer su misión y cumplir fielmente su encargo, siendo responsable a partir de entonces de las actividades que lleve a cabo, que deberá finalizar con el laudo correspondiente.

IV. Recusación y cesión del cargo

En el arbitraje, y más si se pretende el recurso a esta institución como sistema alternativo de solución de conflictos, resulta imprescindible que se garantice que la figura del árbitro sea imparcial e independiente tanto de las partes como respecto del objeto de la controversia, como ocurre con los jueces y tribunales judiciales.

En esta línea, el artículo 17 LA regula los motivos de abstención y recusación de los árbitros. Exigencia que existía con la antigua ley y que con la nueva ha desaparecido, es que los árbitros podían ser recusados por las mismas causas que los jueces, supresión que se ha realizado por considerar, tal y como proclama la Exposición de Motivos LA, que no siempre son adecuadas dichas causas ni cubren todos los supuestos, por lo que se prefiere la cláusula general, «*Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*».

La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El principal problema que puede llegar a plantear el artículo 17 LA se encuentra en que se entiende por «dudas justificadas». Como señala MONTERO AROCA, esta palabra debe concebirse en el sentido de duda objetiva que responde a hechos probados y, aunque resulta obvio que ya no son aplicables directamente las causas de recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), no debe desconocerse que las mismas pueden ser utilizadas como criterios válidos de lo que se entiende por «duda objetiva» objeto de recusación o abstención²⁴.

²³ MANTILLA SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 113. Distinta es la situación de la institución arbitral, a ella nos referiremos con posterioridad.

²⁴ *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 680. Define este autor la abstención, como un acto realizado por un juez o magistrado por medio del cual, de oficio, pone de manifiesto la concurrencia en su persona de una de las causas de recusación y se aparta del conocimiento del

Llama la atención que el legislador haga referencia a la independencia y a la imparcialidad, cuando únicamente se puede predicar de los árbitros la nota de imparcialidad, pero no de independencia, en tanto el árbitro es nombrado para un proceso en concreto en donde lo único que puede entrar en duda es su imparcialidad pues además, carece de estatuto propio²⁵. Las causas de imparcialidad suelen ser las relativas a relaciones de parentesco, de negocio, de amistad, etc.

En síntesis, y siguiendo al mismo autor, son dos principalmente los deberes que ostenta el árbitro al respecto: a) Revelar todas aquellas circunstancias que puedan provocar dudas justificadas sobre su imparcialidad, tanto en el momento inicial del nombramiento como en momentos posteriores por circunstancias sobrevenidas y, b) No debe mantener con ninguna de las partes relación personal, profesional, comercial, etc.; este último supuesto se refiere a después del nombramiento del árbitro, pues antes de éste las partes pudieron perfectamente haberle nombrado, a pesar de tales parentescos o relaciones²⁶. Además, en cualquier momento se les permite a las partes que soliciten a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

Las partes podrán, por tanto, recusar al árbitro cuando consideren que concurren en él circunstancias que dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o bien, si el árbitro no posee las cualificaciones convenidas por las

asunto antes de que se le recuse. Al respecto, considera que aunque la ley arbitral hable de abstención y recusación, el árbitro es una persona que ostenta la confianza de las partes y es esa confianza la razón por la que le han nombrado; si esto es así, la abstención carece de sentido.

²⁵ Vid. respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros, MONTERO AROCA, M., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit. pp. 659- 683. Este autor entiende que la independencia se ha referido tradicionalmente a los jueces, y considera que la comprensión de lo que es para ellos, constituye el paso previo para entender que puede ser la independencia de los árbitros; en esta línea, manifiesta que la independencia comporta, positivamente sumisión solo a la ley y, negativamente no sumisión a nada y a nadie más. Expone a continuación, que si bien la independencia es absoluta (no se refiere a un proceso determinado), la imparcialidad es relativa y necesariamente tiene que atender a un concreto proceso. En este sentido, la independencia no puede predicarse de los árbitros, pues esta nota atiende a un aspecto externo (frente a elementos externos al mismo, especialmente otros poderes del Estado, pero también fuerzas sociales) y a otro interno (frente a órganos del propio Poder Judicial), por lo que si los árbitros se nombran para conocer de un arbitraje determinado, lo que puede entrar en duda es su imparcialidad, con referencia a su relación con alguna de las partes o a su interés en el objeto del arbitraje, pero difícilmente podrá cuestionarse su independencia, pues carecen de estatuto propio que regule los requisitos que deben concurrir en la profesión de árbitro (no existe tal profesión). Debemos pues, partir de que la norma se refiere a la imparcialidad, y de que lo que está diciendo realmente es que el árbitro debe ser imparcial, estableciendo seguidamente las garantías de tal imparcialidad.

²⁶ Vid. SAP Baleares de 4 de febrero de 1997, (AC 1997/318).

partes, tanto por causas anteriores como sobrevenidas a la aceptación del cargo, excepto la parte que designó al árbitro que únicamente podrá recusarlo en el supuesto de causa sobrevenida²⁷.

El procedimiento de recusación viene regulado en el artículo 18 LA y puede ser pactado libremente por las partes sustanciándose ante los mismos árbitros, a falta de acuerdo, la ley establece dicho procedimiento²⁸. El escrito de recusación deberá exponer los motivos objeto de recusación dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad. Su presentación suspende la tramitación del curso del procedimiento²⁹.

Del escrito se dará traslado a la parte contraria para que se pronuncie sobre la aceptación de la recusación. Si la acepta, el árbitro deberá apartarse de sus funciones, procediéndose a su sustitución, en virtud de las reglas previstas en el artículo 20 LA, mientras que si la rechaza, el árbitro debe pronunciarse al respecto, estimando o no la recusación. En el supuesto en el que dicha recusación no prosperase, podrá la parte recusante con posterioridad hacer valer el motivo de la recusación en el momento de formular la acción de anulación del laudo que éste dicte.

Además de estas causas de recusación, existen dos supuestos contemplados en el artículo 19 LA, por los cuales el árbitro deberá cesar en su cargo antes del cumplimiento de su función, éstos son: a) Cuando para ejercer sus funciones se vea impedido de hecho (fallecimiento, enfermedad, etc., en definitiva, cualquier impedimento físico que le pudiera perturbar³⁰) o de derecho

²⁷ Es por ello que en la SAP Navarra de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004/198818), se inadmite la nulidad del laudo pues el impugnante conocía al letrado designado como árbitro y por tanto, pudo recusarle antes de haberlo nombrado, pero lejos de hacer esto fue nombrado libre y voluntariamente por todas las partes, entre las que se incluye el impugnante, quien ya tenía conocimiento de las causas que ahora alega, y por tanto, no puede hacerlo ahora. En sentido similar se pronuncia la SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 2004, (JUR 2004/135776) que inadmite el recurso de nulidad manifestando que los árbitros sólo pueden ser recusados por causas que hayan sobrevenido después de su designación y por causas anteriores cuando no hubieran sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad.

²⁸ Respecto del arbitraje institucional, habrá que estar a lo dispuesto en el reglamento de la institución correspondiente.

²⁹ MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 689.

³⁰ Como señala, MARTÍNEZ GARCIA, E., debemos entender aquí incluidas las amenazas y otros casos que supongan un impedimento para continuar en el cargo por causa mayor e inimputable a él mismo. *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 697.

(cuando el árbitro incurre sobrevenidamente en unas condiciones de incompatibilidad de sus funciones, que provocan dudas sobre su independencia o, incluso que le inhabilitan del cargo) y, b) Cuando por cualquier otro motivo no ejerza su cargo o funciones dentro de un plazo razonable, tanto si éste renuncia como si las partes acuerdan su remoción.

En caso de desacuerdo de las partes sobre dicha remoción y si previamente éstas no han acordado como resolverlo, se aplicarán las reglas del artículo 19.1 LA, por lo que la pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal ante la jurisdicción ordinaria (arts. 437 y ss LEC) y se podrá acumular la solicitud de nombramiento del árbitro sustituto para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

Nada dice la ley arbitral sobre la competencia para conocer la remoción pero, consideramos, que debemos aplicar el artículo 8.1 LA relativo al nombramiento judicial de los árbitros, por lo que será competente el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje, de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

La solución legal es diferente cuando ante una pluralidad de árbitros nos encontramos y uno de ellos es removido, pues en este supuesto, al no haber acuerdo entre las partes, serán los demás árbitros quienes decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará el sistema de remoción judicial del artículo 19.1 LA.

Finalmente, tal y como dispone el artículo 20 LA, en el supuesto en que un árbitro fue nombrado y aceptó su cargo pero posteriormente dejó de intervenir en el proceso, deberá ser sustituido. Son diversas las causas por las que se puede llegar a la situación de tener que nombrar a un árbitro sustituto, pues si bien el artículo 20 LA únicamente señala: «*cualquiera que sea la causa por la que se haya de designar a un nuevo árbitro*», éstas son las que se regulan en los artículos 17, 18 y 19 LA, es decir, abstención, recusación, remoción y renuncia de los árbitros. Dicha sustitución se realizará por el mismo procedimiento de designación de los árbitros contemplado en el artículo 15 LA, al que nos remitimos.

Una vez nombrado el sustituto y aceptado por éste su encargo, el resto de árbitros deberán discutir, previa audiencia de las partes, si ha lugar a repetir o no las actuaciones ya practicadas (art. 20.2 LA).

Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el resto de árbitros decidirá, siempre otorgando a las partes la posibilidad de que se pronuncien previamente, si deben repetirse o no las actuaciones. Claro está que si se trata de un único árbitro, éstas deberán repetirse en aras a proteger la salvaguarda del principio de inmediación. Consideramos, en todo caso, que aún hallándonos en el supuesto de encontrarnos ante un tribunal colegiado, las pruebas ya practicadas deberán repetirse si se optó por la oralidad, pues el nuevo árbitro sustituto que ahora debe adoptar una decisión, lo hará directamente sobre lo que ha visto y percibido; en caso contrario, la parte que se viera perjudicada podrá interponer un recurso de anulación. Sin embargo, si el proceso arbitral ha sido escrito, el árbitro sustituto sí podrá decidir sobre lo documentado sin necesidad de repetición de las actuaciones.

Podrá interponerse la anulación del laudo cuando en la designación del árbitro sustituto no se respetaron los principios fundamentales de igualdad y contradicción (art. 41.1. d LA), o no se ajustó al procedimiento pactado por las partes (art. 41.1. f LA).

V. Responsabilidad

La ley de arbitraje obliga a los árbitros, y en su caso a la institución arbitral correspondiente, a cumplir fielmente su encargo responsabilizándoles de sus actuaciones; en este sentido se pronuncia el artículo 21 LA en donde se señalan los diferentes supuestos de responsabilidad en que pueden incurrir; éstos son tres³¹:

a) Responsabilidad de los árbitros

La responsabilidad de los árbitros declarada judicialmente por las actividades desempeñadas en el ejercicio de sus funciones, lógicamente, solo será posible una vez ha procedido a aceptar su cargo³². Los árbitros pueden incurrir en tres

³¹ Se contiene en la ley otro precepto relativo a la responsabilidad de los árbitros, es el artículo 37 LA que proclama que una vez expirado el plazo sin que haya dictado laudo el árbitro, determinará la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

³² Respecto a la responsabilidad del árbitro, recomendamos la lectura de MERINO MERCHÁN, J. F., *El estatuto y la responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

tipos de responsabilidad, que se corresponden con la responsabilidad de los jueces y magistrados en sus vertientes civil, penal y disciplinaria:

1. Civil: Los árbitros serán responsables civilmente cuando en el ejercicio de la función arbitral no cumplan fielmente su cargo y provoquen daños y/o perjuicios con mala fe, temeridad o dolo; se excluye la responsabilidad por mera negligencia o culpa³³. Es la única de las responsabilidades del árbitro que aparece regulada en la LA, aunque no en su totalidad, sino únicamente en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del no cumplimiento de sus funciones, dejando de lado otras responsabilidades, como puede ser la responsabilidad civil que deriva del delito³⁴.
2. Penal: Los árbitros pueden incurrir en responsabilidad penal por las acciones u omisiones llevadas a cabo en el ejercicio de su cargo y que se encuentren tipificadas en el código penal. A título de ejemplo, el artículo 422 del Código Penal español (CP) hace extensiva la regulación del cohecho a los árbitros y, el artículo 440 CP en relación con el artículo 439 CP, tipifica las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos así como los abusos en el ejercicio de su función³⁵.
3. Disciplinaria: Los árbitros no incurrir propiamente en dicha responsabilidad, si bien si lo harán con ciertos matices y, reservada únicamente a los

³³ La novedad que presenta esta ley respecto de su predecesora consiste en la sustitución de la exigencia de que los daños y perjuicios sean causados por «dolo y culpa», por la que éstos sean causados por «mala fe, temeridad o dolo». Se pasa de una responsabilidad por culpa a un sistema que conllevará, en la mayoría de ocasiones, la inmunidad de los árbitros e incluso la de la institución arbitral.

Ejemplos de tal responsabilidad los podemos encontrar en supuestos tales como, la no emisión del laudo en el plazo convenido por las partes, el incumplimiento de las normas propias del procedimiento, la admisibilidad de pruebas innecesarias, etc.

³⁴ Los árbitros que incurran en un delito, también serán responsables civilmente de los daños que se hayan derivado (arts. 109 y ss CP).

³⁵ Se trata de dos artículos en los que aparece expresamente la responsabilidad penal de los árbitros, lo que no significa que no puedan incurrir en cualquier otro tipo de responsabilidad penal. Serán aplicables analógicamente determinados delitos contra la administración de justicia (arts. 445 y ss CP) como, a título de ejemplo: el árbitro que, a sabiendas dictare resolución injusta (art. 446 CP); el árbitro que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara resolución manifiestamente injusta (art. 447 CP); etc. Sin embargo, manifiesta ALMAGRO NOSETE que determinados delitos, como el delito judicial por antonomasia: el de prevaricación, no pueden predicarse de los árbitros, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la administración, ya que en este sentido no están equiparados a los jueces. Lo que no quiere decir que estas conductas no puedan ser origen de responsabilidad civil, otra cosa es que como tales conductas no tipificadas, no den lugar a la imposición de una pena. «La responsabilidad de los árbitros», transcripción de la conferencia celebrada el 11 de noviembre de 1996 en la Jornada sobre Régimen jurídico de los árbitros, Barcelona, p. 21.

supuestos en los que sean funcionarios y profesionales colegiados cuando de conformidad con las pautas de comportamiento, vigiladas y sancionadas, incumplan determinadas conductas o exigencias con respecto al colegio profesional o institución a la que pertenecen³⁶. En realidad, como señala, ALMAGRO NOSETE, los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto; el carácter no funcional del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una «responsabilidad paradisciplinaria» en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad³⁷.

Cuando se trate de un colegio arbitral, sin contar con aquellos casos en que sea posible determinar la responsabilidad individual de alguno de los árbitros, la responsabilidad será de todos los integrantes del mismo, excepto de aquellos que presentaron su discrepancia a la hora de pronunciarse el laudo.

b) Responsabilidad de la corporación o asociación por sus propios actos u omisiones

Aceptado el arbitraje por la institución arbitral, ésta quedará obligada a su fiel cumplimiento y, tal y como establece el artículo 21.1 LA, si no lo hiciere, incurrirá en responsabilidad civil por los daños o perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. La extensión de responsabilidad será distinta en función de las tareas encomendadas y asumidas por la institución arbitral.

Son dos los motivos por los cuales la institución arbitral incurrirá en responsabilidad: 1) Cuando haya procedido a comportarse negligentemente o hubiere incumplido el encargo al cual se ha comprometido, siempre y cuando se hayan producido daños y/o perjuicios concurriendo mala fe, temeridad o dolo y, 2) En el supuesto de no aceptación de la administración del arbitraje que se le confía, sin motivo alguno justificado pues, como ha señalado MONTE-

³⁶ OLAVARRIA IGLESIA, J., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 728.

³⁷ «La responsabilidad de los árbitros»..., cit., p. 21.

RO AROCA, «*las corporaciones o asociaciones, al redactar los reglamentos, pueden introducir en ellos todas las causas de no aceptación que sean razonables, pero no la reserva discrecional de no aceptación, pues de lo contrario no existiría seguridad jurídica*»³⁸.

No se habla en la ley arbitral de la posibilidad de una responsabilidad civil de los árbitros o instituciones arbitrales frente a terceros en el proceso; a pesar de no ser nada común en la práctica, consideramos que en estos casos deberá acudirse, una vez más, a las normas procesales pertinentes, pudiendo dicho tercero ejercer contra éstos la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 cc.

En lo que respecta al plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones que tratan de exigir responsabilidad civil de los árbitros o de las instituciones arbitrales, ante el silencio de la LA, debemos acudir al artículo 1964 cc, quien señala que las acciones personales que no posean término especial de prescripción, lo harán a los quince años desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 cc). La ley arbitral no establece el procedimiento que se tiene que llevar para exigir responsabilidad a los árbitros; aplicaremos, por tanto, las normas de la LEC, dependiendo de la cuantía reclamada se seguirá el procedimiento verbal o el ordinario (arts. 249 y 250 LEC).

c) Responsabilidad directa de la entidad por la actuación de los árbitros

En el arbitraje institucional, el artículo 21.1 *in fine* LA concede una acción directa a la parte perjudicada contra la institución arbitral por los actos y omisiones realizados con mala fe, temeridad o dolo por los árbitros, que le provocaron daños y perjuicios, ya que la Corporación o Asociación correspondiente debió velar por la correcta actuación del árbitro durante el desempeño de la actividad arbitral³⁹. Con ello se trata de evitar el riesgo de insolven-

³⁸ *Comentario breve a la ley de arbitraje...*, cit., p. 97.

³⁹ Nada impide que se pueda demandar, además, a la institución arbitral y al árbitro de forma mancomunada.

No se distingue en la LA los supuestos en que fue la institución quien nombró a los árbitros de los supuestos en que éstos fueron nombrados directamente por las partes. La acción directa es contra la institución, sea cual sea la forma de nombramiento. Sin embargo, autores como CORDÓN MORENO, F y MONTERO AROCA, J., consideran que la acción directa solo puede existir cuando los árbitros han sido nombrados por la institución. CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el*

cia del árbitro. Posteriormente, una vez finalizado el proceso de responsabilidad civil, nada impide que la institución pueda repetir contra el árbitro negligente⁴⁰.

VI. Provisión de fondos

Finalmente, el mismo artículo 21.2 LA otorga el derecho a los árbitros, y en su caso, a las instituciones arbitrales, de percibir los correspondientes honorarios de las partes del proceso, permitiéndoles exigir las provisiones de fondo que consideren necesarias para atender a sus honorarios y gastos, así como para los que puedan derivarse de la administración del arbitraje, que se fijarán en el correspondiente laudo (art. 37.6 LA), conforme a lo dispuesto en las normas de honorarios de sus respectivos colegios profesionales y teniendo en cuenta los parámetros utilizados para ello, como son, la cuantía del objeto, el trabajo realizado, las normas colegiales así como determinados preacuerdos, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo STS de 18 de octubre de 2002⁴¹.

La ley no se pronuncia sobre la regulación de los honorarios de los árbitros, por lo que, resulta sumamente aconsejable que las partes acuerden su régimen en el convenio arbitral. En defecto de pacto, serán los mismos árbitros los que fijen dicha cuantía así como los gastos de gestión del arbitraje; en el arbitraje institucional, dichos honorarios y gastos se determinarán en su reglamento.

Derecho español: interno e internacional, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 160 y, MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la ley de arbitraje...*, cit, p. 98.

Como señala OLVARRÍA IGLESIA, J., parece pacífico que no nos encontramos ante una acción directa en sentido estricto, esto es, ante una acción que puede ejercitar un acreedor contra el deudor de su deudor, dado que la institución arbitral no es deudora de los árbitros. Entendemos que se trata de un supuesto de responsabilidad impuesto por la Ley como garantía del acreedor, objetiva, extracontractual, directa y no subsidiaria. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 757.

⁴⁰ No son escasos los reglamentos de instituciones arbitrales que expresamente prevén la exoneración de responsabilidad de sus árbitros e incluso la de la propia institución. Ejemplo claro lo podemos observar en el artículo 34 del Reglamento de la CCI que proclama: «*Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje*».

⁴¹ RJ 2001/8643.

Debemos tener en cuenta que en la mayor parte de los casos, los honorarios vienen configurados en atención al monto de la cuantía objeto del litigio, de ahí que es importante tener en cuenta un dato: la LA permite que se puedan ir concretando las pretensiones de las partes a lo largo del procedimiento arbitral (art. 29.2 LA), lo que puede afectar directamente a la cuantía que fija el monto de lo pedido y, por tanto, de lo que va a obtener el árbitro como honorarios. Parece, en consecuencia, razonable entender que en el momento en que se entienda precluida la formulación de la pretensión será el momento de saber acertadamente cuanto cobrará el árbitro, y si bien la provisión de fondos se fijó inicialmente sobre la base de lo pedido por las partes, consideramos que nada debe impedir que ésta varíe en el proceso siempre y cuando tal modificación se encuentre justificada.

El sistema de provisión de fondos es fundamental para el arbitraje, principalmente para que se pueda llevar a cabo su correcto desarrollo, puesto que estas cantidades entregadas a cuenta posibilitarán el ir pagando los créditos vencidos, líquidos y exigibles que se han ido provocando a lo largo del proceso arbitral. En el arbitraje institucional, además del deber de pago de los honorarios de los árbitros, las partes tendrán que pagar el coste del servicio otorgado por la institución administradora del arbitraje⁴². Las partes podrán impugnar la cuantía de los honorarios de los árbitros ante la jurisdicción ordinaria en un proceso posterior.

La ley de arbitraje no se pronuncia respecto al supuesto en el que las partes no estén de acuerdo con los conceptos, o las cuantías de éstos, incluidos en el pronunciamiento de las costas. Tenemos claro que no será viable pretender por medio de la acción de anulación prevista en la ley arbitral impugnar tal decisión del árbitro, pues ni se incluye en los motivos de anulación posibles, ni a través de dicha acción se pretende modificar el contenido del laudo.

Consideramos que en aquellos supuestos en que las costas puedan considerarse indebidas o excesivas, las partes deberán gozar de algún mecanismo para protegerse, y como señala BARONA VILAR, todos los caminos parecen aproximarse a la LEC⁴³. La partes, a pesar de la ley arbitral no decir nada sobre tal posibilidad, ni siquiera en su artículo 8 LA relativo a la intervención judicial en el arbitraje, tendrán siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria donde analógicamente se aplicarán los artículos 241 y ss LEC relativos a

⁴² No debemos olvidar el carácter gratuito de los arbitrajes de consumo.

⁴³ *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1248.

la impugnación de costas. Ello responde a la falta de protección con la que se podrían encontrar las partes que acudieran al arbitraje y estuvieran en alguno de estos supuestos. Aún cuando no está expresamente recogida, parece la opción más acorde con el sistema de tutela.

Aunque la ley nada diga al respecto, se aplicará analógicamente lo dispuesto en el artículo 1720 cc, por el que, una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuentas de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado. Dicho reembolso comprenderá los intereses de cantidad anticipada a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art. 1728 cc).

Con respecto a la ley anterior, se establece la novedad de otorgar a los árbitros la facultad de suspender o concluir las actuaciones arbitrales en los supuestos de falta de provisión de fondos; en estos casos, los árbitros, antes de acordarla, lo deberán comunicar a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren⁴⁴. Además, como veremos cuando estudiemos la ejecución del laudo, también podrá el árbitro reclamar el coste de los servicios prestados en el trámite de la ejecución forzosa del laudo, siempre y cuando se incluya dicho coste en el apartado de costas de éste.

VII. Competencias

A los árbitros, como ya sabemos, les corresponde la competencia objetiva de resolver el conflicto que las partes, de común acuerdo, han decidido someter a su arbitrio. Además, la ley arbitral reserva un título IV para referirse a la competencia de los árbitros, dicho título comprende dos preceptos: el artículo 22 LA concerniente a la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y, el 23 LA relativo a la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares.

⁴⁴ Ejemplo de ello lo observamos en el Reglamento de ACAM, cuyo artículo 12 proclama: «...Si cualquiera de las cantidades que pudieran corresponder a las partes no fuese abonada, ACAM podrá rechazar la petición inicial, la contestación a la solicitud o archivar el procedimiento arbitral, en función de la situación en que el mismo se hallase en el momento del impago».

A) Kompetenz- Kompetenz

Consiste en la potestad que corresponde a los árbitros de controlar su propia competencia y que viene regulada en el artículo 22 LA, precepto que además de regular la competencia de los árbitros, también recoge las causas o motivos de oposición al arbitraje que pueden emplear las partes y que la ley denomina «excepciones».

Este artículo de la ley arbitral es un de los pocos preceptos que debe considerarse imperativo y que huye de la libertad y autonomía de la voluntad de las partes que impera el procedimiento arbitral. Por ello, su contenido debe ser respetado en todo momento por las partes, sin posibilidad alguna de pactar algo en contrario, como ocurre en numerosos preceptos de la ley cuando se emplea el término «salvo a cuerdo de las partes». En definitiva, las partes no podrán bajo ningún obstáculo pactar que se prive a los árbitros de su facultad de controlar de oficio su propia competencia y demás excepciones del artículo 22 LA⁴⁵.

Se trata de la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* (competencia sobre la competencia) y que ya la ley anterior de 1988 trató de consagrar (art. 31.1 LA de 1988), por la que los árbitros controlan de oficio la falta de competencia para decidir sobre el conflicto objeto de la controversia, es decir, controlan de oficio su propia competencia. La novedad reside, respecto de la ley anterior, en que dicho control se extiende asimismo a comprobar si concurren las excepciones relativas a la existencia y validez del convenio arbitral o incluso, mostrando cierta flexibilidad el legislador, a cualesquiera otras cuya estimación impida entrar a conocer sobre el fondo del asunto⁴⁶.

En definitiva, se le otorga la posibilidad al árbitro de ser el primero en analizar, en primer lugar su propia competencia, pero también si la controversia objeto de arbitraje entra en el ámbito del convenio arbitral, si existe y es válido dicho convenio ya que sin convenio no existe arbitraje, y por tanto, el árbitro no puede ser competente y, además, también podrá pronunciarse so-

⁴⁵ Vid. GUZMAN FLUJA, V., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 808.

⁴⁶ No se trata de ningún *numerus clausus*. Dentro de estas excepciones que se pueden oponer, destacamos, entre otras: cuando la materia sobre la que recae la controversia no es susceptible de arbitraje, existe litispendencia, existe cosa juzgada, las partes no ostentan la capacidad necesaria, etc.

bre otras excepciones. El momento pertinente para dicho control de oficio será tras recibir la demanda o la contestación, aunque nada impide que se postergue al momento de dictar el laudo definitivo.

Esta ampliación de las facultades del árbitro parece lógica, como señala GUZMÁN FLUJA, primero porque le permite efectuar un examen del elemento sobre el que se fundamenta la posibilidad de que pueda solucionar el conflicto, el convenio arbitral; es natural que éste pueda rechazar el arbitraje, si considera que no se basa en un convenio arbitral o que éste es nulo. Y en segundo lugar, porque se permite al árbitro que pueda comprobar la concurrencia de cualquier otra causa que impediría la resolución de fondo y, en consecuencia, se le faculta para que ponga fin al arbitraje en cuanto resulte esa comprobación, con evidente ahorro de tiempo y costes⁴⁷.

Como señala la Exposición de Motivos de la ley, esta regla también abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, por la que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y la nulidad de éste no necesariamente conlleva la de aquél; los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral, pudiendo pronunciarse sobre la nulidad del contrato principal, sin que ello conlleve la nulidad del convenio arbitral.

Dicho control de oficio no implica que las partes (cualquiera de ellas, incluso aquella que designó al árbitro) no puedan alegar la falta de competencia de los árbitros por la vía de la excepción, pues la ley es clara en este sentido e indica «*los árbitros están facultados*», lo que no significa que estén obligados a ello; por lo que junto al control de oficio, existe el control de parte de la existencia de las posibles excepciones que impedirían al árbitro entrar a resolver el fondo del litigio⁴⁸.

Estas excepciones deberán oponerse como muy tarde en el momento de presentar la contestación; el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impide oponerlas. Sin embargo, cuando se pretende alegar que el árbitro se excede del ámbito de su competencia, ésta

⁴⁷ *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 810.

⁴⁸ Es por ello que la Exposición de Motivos de la ley explica: «*El hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz-Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia*».

deberá oponerse tan pronto como se plantee la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada (art. 22.2 LA).

Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo, pues los árbitros podrán decidir estas excepciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto, es decir, bien en un laudo parcial que se pronuncie sobre dichas excepciones, o bien cuando resuelva en el laudo final. La decisión que adopten los árbitros sobre su propia competencia, únicamente podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo que se haya adoptado⁴⁹.

B) Adopción de medidas cautelares

Una de las principales novedades que ha incorporado la nueva ley de arbitraje, es esta materia de medidas cautelares, cuyo antecedente inmediato hallamos en los artículos 6, 9 y 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, al otorgar su artículo 23 LA potestad a los árbitros para adoptar cuantas medidas cautelares sean necesarias, potestad cuya condición única previa procede de la naturaleza misma del arbitraje, es decir, de la voluntad y acuerdo de las partes, pues los árbitros poseerán dicha facultad siempre y cuando las partes no hayan acordado previamente que los árbitros no gocen de ella, pudiendo por tanto ser excluida por las partes⁵⁰.

En esta línea la Exposición de Motivos de la ley reza: *«El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la Ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar»*.

El artículo 23 LA, que reconoce la potestad cautelar de los árbitros, debe estudiarse conjuntamente con los artículos 8. 3 LA, que regula el órgano com-

⁴⁹ Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se hubiera adoptado con carácter previo, la interposición de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

⁵⁰ De esta manera se sintoniza nuestra ley con gran parte de leyes de países extranjeros tales como Alemania (¿ 1041 ZPO alemán), Bélgica (arts. 1096 y 1679 código judicial belga), etc.

petente para la adopción judicial de medidas cautelares y con el artículo 11.3 LA, que indica que el convenio arbitral no impedirá a las partes con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares. Ante la parquedad del régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares en el arbitraje contemplado en la ley arbitral y, a pesar de que la ley arbitral nada diga al respecto, su alcance y regulación deberán completarse con la remisión a la LEC.

Por tanto, cuando las partes en un proceso arbitral pretendan solicitar una medida cautelar podrán acudir a dos vías: 1) Solicitar la medida al árbitro en virtud del artículo 23 LA o bien, 2) Acudir a la vía judicial y solicitar las medidas ante el juez competente, según prevén los artículos 11.3 y 8.3 LA. Desde luego, debemos tener claro que ello no significa, en absoluto, que ambas vías puedan ejercitarse al mismo tiempo, es decir, no podrá simultanearse dos peticiones ante dos órganos distintos con el objetivo de buscar la respuesta más conveniente a las partes. Las partes deberán decidirse por una u otra vía.

Esta novedad refuerza la institución arbitral como medio alternativo y eficaz a la Justicia, además de garantizar el principio de inmediatez, pues la medida cautelar podrá ser pedida y otorgada ante el mismo órgano arbitral. En definitiva, se trata de garantizar la tramitación del proceso arbitral con el fin de que las partes puedan obtener por esta vía alternativa a la Justicia una tutela realmente efectiva.

La potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares constituye una facultad que les es atribuida salvo acuerdo en contrario de las partes, pues la regla general que contiene el artículo 23 LA es la de adopción de dichas medidas por el árbitro a instancia de parte, siempre y cuando éstas no hubieren excluido de dicha potestad a los árbitros. Por tanto, las medidas cautelares únicamente podrán acordarse a instancia de parte, de cualquiera de las partes del arbitraje con independencia de la posición que ocupen, activa o pasiva (art. 31.2 LA), nunca de oficio⁵¹. En este punto se distancia del proceso judicial en el que únicamente será la parte demandante la que pueda solicitar la medida cautelar (art. 721. 1 LEC).

⁵¹ En este mismo sentido se pronuncia el artículo 722 LEC cuando señala que podrá pedir al tribunal medidas cautelares *«quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente...»*.

De este modo, la facultad de los árbitros no es plena, sino que se condiciona a que no haya sido excluida por las partes. Las partes podrán suprimir dicha potestad tanto explícitamente donde, por razones de seguridad jurídica, es conveniente que las partes así lo acuerden inicialmente en el convenio arbitral para evitar situaciones que den lugar a confusión⁵², como indirectamente, modalidad que si bien no aparece expresamente recogida en el artículo 23 LA, a ella se refiere tanto el artículo 4 LA como la Exposición de Motivos de la LEC y tendrá lugar cuando las partes acudan a un arbitraje institucional y el reglamento de dicha institución prohíba expresamente que los árbitros adopten medidas cautelares⁵³. Mientras las partes no se pronuncien al respecto excluyendo dicha potestad de los árbitros, deberá entenderse que los árbitros si gozan de ella.

Esta potestad de los árbitros consiste en la función declarativa de dictar la medida, pero no ejecutiva, pues esta última corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. Además, en los supuestos en los que los árbitros no puedan adoptar una medida concreta deberán acudir al auxilio judicial instando al tribunal competente la adopción de la medida cautelar correspondiente.

A título de ejemplo, consideramos que se deberá acudir al auxilio de los órganos judiciales para adoptar medidas tales como el embargo preventivo, las anotaciones registrales de demandas (art. 727 LEC), etc. mientras que no resultará necesario en aquellos supuestos de depósito de cosas muebles (art. 727.3 LEC), la formación de inventarios de bienes (art. 727.4 LEC), etc., en definitiva, en aquellas medidas que no exigen la prestación de un auxilio judicial para su ejecución pues el árbitro puede hacerlo por sí mismo y, en principio, se supone que las partes van a colaborar al sustentarse el arbitraje en un acuerdo de voluntades. Evidentemente, la falta de cumplimiento voluntario si que justificará la intervención judicial para imponer su cumplimiento forzoso⁵⁴.

⁵² A pesar de nada disponer al respecto el artículo 9 LA, al basarse el arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, razones de seguridad jurídica, tal y como reza CUCARELLA GALIANA, L., hacen aconsejable que esa limitación en materia cautelar quede previamente pactada por escrito. «La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares», *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 5, 2004, p.100.

⁵³ La gran mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales más importantes prevén expresamente la competencia de los árbitros para acordar medidas cautelares, entre ellos destacamos, el artículo 25 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), artículo 23 del Reglamento de la CCI, etc.

⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., - *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, (coord. GARBERÍ LLOBREGAT, J), Bosch, Barcelona, 2004, p. 462.