

LA OPINIÓN DE LOS ÁRBITROS: ¿QUÉ OCURRE REALMENTE EN LA PRÁCTICA HABITUAL DEL ARBITRAJE?

Antonio Albanés Membrillo
Arbitro. Abogado. Ex presidente de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid

Un análisis exhaustivo de los pilares básicos de la institución arbitral nos lleva a concluir que, si importante es el convenio arbitral, no menos importantes son los árbitros: ellos son, en definitiva, los que pueden hacer bueno o malo un arbitraje, hasta tal punto que se ha llegado a decir que un arbitraje vale lo que vale el árbitro. Su cometido es muy importante: nada menos que la resolución de controversias, es una misión que la Ley, como expresión de la voluntad popular, atribuye en exclusiva a los jueces y en ocasiones a los árbitros. Y sin adentrarnos en el análisis del origen de su autoridad, tema apasionante aunque impropio en este foro por su extensión, lo cierto es que el árbitro, al poner fin a la controversia mediante un laudo que tiene los mismos efectos que una decisión jurisdiccional, adquiere una gran responsabilidad (casi podríamos decir que aun más que un Juez, dado que contra el laudo no cabe recurso ordinario).

¿Qué características personales debe tener un árbitro?- Una Ley de Arbitraje sólo puede recoger los requisitos objetivos necesarios para ser árbitro; pero cuáles sean las características *personales* que deba tener un árbitro es otra cosa. A mi juicio, las características que debe reunir un buen árbitro son las recogidas en el Código Ético para árbitros elaborado por la International Bar Association: Independencia, imparcialidad, competencia y discreción, así como capacidad de diálogo y negociación.

Independencia e imparcialidad no son la misma cosa, aunque estén indisolublemente unidas: Para que un árbitro pueda dictar un laudo justo, debe ser imparcial, y para ser imparcial, es condición necesaria, aunque no suficiente, ser independiente. Más adelante volveré sobre este tema.

La competencia profesional del árbitro es otra de las características que debe adornarle, sobre todo en estos tiempos en los que el entramado jurídico que regula el tráfico mercantil es enormemente complejo: Tanto, que escapa a la formación profesional de los jueces, pues muchas de esas nuevas figuras del comercio (sobre todo en el ámbito internacional) no llegan a positivizarse en los códigos, y si alguna llega a incluirse, para ese momento ya han pasado de moda, siendo sustituida por otras.

Ni que decir tiene que la discreción es fundamental en un árbitro. Pensemos en materias tales como propiedad industrial, intelectual, transferencias de tecnología, contratos de fiducia, pactos sociales secretos, etc., en las que la confidencialidad es esencial. En estas materias, cuando las partes tienen una desavenencia, a menudo no acuden a los Tribunales por temor a la publicidad inherente a todo proceso judicial, lo que obligaría a descubrir esas fórmulas, esas tecnologías, o esos pactos que las partes han deseado que permanezcan en privado, con grave peligro para el negocio de que se trate. En estos casos es recomendable, casi obligado diría yo, acudir al arbitraje, porque la discreción en los árbitros es o debe ser una de sus características personales más importantes.

La neutralidad en el arbitraje.- Con mucha frecuencia las partes en un arbitraje desean tener una relación más fluida con los árbitros, sobre todo si han sido designados directamente por ellas en un tribunal arbitral; exigen, poco más o menos, que se les dé cuenta de la marcha del procedimiento, del resultado de las pruebas, de lo que ha dicho la parte contraria, de cómo ve el asunto, etc. Este es un craso error, porque el árbitro por alguna razón es árbitro y no abogado. El árbitro debe ser imparcial. Es cierto que en algunas legislaciones de nuestro entorno y en algunos reglamentos de Corporaciones administradoras de arbitraje se prevé la existencia de árbitros parciales, es decir, que apoyan o defienden las tesis de alguna de las partes. Pero en mi opinión esto es una contradicción, porque no se puede ser árbitro y ser parcial. Si lo que se pretende es que haya alguien que defienda a una de las partes, para eso están los asesores jurídicos o los abogados. Los árbitros deben ser siempre imparciales e independientes.

Una cualidad que considero también importante es que el árbitro no sea una persona inabordable. Sin perjuicio de la seriedad que debe presidir un procedimiento arbitral y de la necesaria neutralidad del árbitro, éste debe hacer lo necesario para acercar a las partes, para reducir en la medida de lo posible la distancia que las separa. Con frecuencia, las partes que están enfrentadas en un proceso judicial acaban sus relaciones peor que cuando empezaron: El empeñamiento de las partes en sus tesis, los resultados de las pruebas que se practican y la ausencia de una persona que intente conciliar las posturas, hacen que se malogren las posibilidades de una continuidad en sus relaciones, con lo que a veces el daño que se produce es muy superior al que dio origen al litigio. Esta situación puede evitarla el árbitro. Puede conseguir que, sin perjuicio de que se dicte un laudo justo, las partes no sigan enfrentadas en el futuro, sino que continúen sus relaciones comerciales.

La designación de los árbitros.- ¿Cuántos árbitros? ¿Uno, tres, cinco...?. Evidentemente, siempre tiene que ser en número impar por exigencia del Art. 13 de la Ley, pero ¿qué es mejor?. A este respecto hay que decir que no existe una regla fija. Hay ocasiones en que la complejidad de la controversia exige la

constitución de un colegio arbitral, y en otras ocasiones basta con un solo árbitro. De todas maneras, es una circunstancia a tener muy en cuenta, porque como es lógico incide muy directamente en el costo del arbitraje.

Personalmente soy partidario del árbitro único, a menos que se trate de una controversia tan compleja que sea recomendable la constitución de un colegio arbitral; y desde luego, si hay que nombrar un colegio, prefiero que se trate de un arbitraje administrado y que la designación de todos los árbitros se realice por la Entidad administradora. La experiencia enseña que cuando se deja a las partes la posibilidad de designar a uno de los árbitros normalmente se cae en la corruptela de designar un árbitro "amigo", lo que provoca no pocas disfunciones y situaciones desagradables, al incurrirse en una confusión de los papeles respectivos. Las partes están representadas y dirigidas por sus abogados, quienes tienen la misión de defender, con el máximo celo y profesionalidad, los intereses de sus clientes. Pero el árbitro designado por la parte no puede desempeñar ese papel, y desgraciadamente muy a menudo lo hacen, pensando que su designación le obliga a defender también los intereses de quien le ha designado, lo que provoca una situación anómala y de desconfianza en el seno del Colegio arbitral, sobre todo en el Presidente, que debe hacer uso de todas las facultades que le corresponden para que el arbitraje llegue a buen puerto.

Una de esas facultades, cuyo uso recomiendo muy especialmente, es que se redacten unas Normas de Procedimiento al principio, consensuadas con las partes. Ofrece seguridad y se evitan desavenencias y situaciones de indefensión que luego pueden ser argumentadas en un posterior recurso de nulidad. Por las mismas razones es conveniente reflejar en el mismo documento que recoja las Normas de Procedimiento o en otro aparte el objeto del arbitraje con la mayor exactitud posible: Se evitarán impugnaciones al laudo por incongruencia.

Con ambas medidas descritas se consigue una mayor objetivización del procedimiento, de forma que no haya que estar constantemente adoptando acuerdos respecto de los trámites formales. Las medidas expresadas se complementan con el nombramiento de un Secretario (a ser posible que no sea uno de los árbitros): De esta forma se objetiva aún más la función puramente arbitral.

Todo lo dicho vale cuando se trata de un arbitraje *ad hoc*, pues si es administrado gran parte de estos problemas vienen ya resueltos por la entidad administradora.

Cuando hay tres, o más árbitros (siempre en número impar) nos encontramos con un Tribunal Arbitral. Las reglas para la elección de su Presidente vienen recogidas en el Art. 13 de la Ley, dándose preferencia en primer lugar al acuerdo de las partes. Conviene ya desde ahora tener muy en cuenta esto: La voluntad de las partes es la que rige todo el procedimiento arbitral, si bien respetando en cualquier caso los principios esenciales de la Ley.

Si no hay acuerdo de las partes sobre el número de árbitros ni sobre la designación del Presidente, los árbitros serán tres y el Presidente será elegido por acuerdo mayoritario de los árbitros, y si tampoco hay este acuerdo, será Presidente el árbitro de mayor edad. Todo esto se establece sin perjuicio de lo que dispongan los reglamentos de arbitraje institucional o administrado, el reglamento correspondiente establecerá las normas para la designación y número de árbitros.

El Presidente de un colegio arbitral tiene una delicada misión, sobre todo cuando los otros árbitros no son tan independientes como debieran: en estos casos toda la carga decisoria recae sobre aquél, debiendo extremar los cuidados para que el laudo se dicte oportunamente.

Hay ocasiones en que antes de dar comienzo al arbitraje propiamente dicho, los árbitros designados directamente por las partes inician conversaciones para tratar de llegar a un acuerdo y sólo ante el fracaso de éstas proceden al nombramiento de tercer árbitro. Las posibilidades de incurrir en los supuestos de recusación previstos en la Ley aumenta en estos supuestos, pues los árbitros ya han entrado de hecho en el conocimiento de la controversia, han visto documentos, han tratado sobre el particular y se han formado una opinión, todo ello antes de estar constituido el Tribunal Arbitral. En estos supuestos recomiendo que cuando se suscriban las Normas de Procedimiento, o el acta de misión, o la de constitución del Colegio arbitral, se incluye en ellas una manifestación de las partes indicando que tienen conocimiento de las circunstancias personales de los árbitros, así como de las actuaciones realizadas como mediadores para poner fin a la controversia, todo ello con la finalidad de evitar recusaciones o recursos futuros que frustren la finalidad del arbitraje.

¿Quien decide sobre la recusación?. La Ley indica claramente que es el árbitro recusado quien debe aceptar o no la recusación, pero lo cierto es que su decisión al respecto compromete al resto de los árbitros: La no aceptación de la recusación cuando la causa es evidente coloca a los demás en una difícil posición, pues les obliga a manifestar expresamente sus reservas si no quiere incurrir en responsabilidad en el supuesto de que el laudo se anule por esta causa, y ello indudablemente introduce un factor de distorsión en el seno del Tribunal.

Lo que ocurre a partir de la aceptación.- ¿Qué ocurre a partir de la aceptación de los árbitros?. Pues ocurre que se abre un abanico de efectos. En primer lugar, al asumir el encargo, el árbitro asume también una responsabilidad, cuyos efectos vienen regulados en el Art. 16: La aceptación del encargo por parte de los árbitros obliga a su cumplimiento fiel, incurriendo en responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por dolo o culpa.

El otro efecto que produce la aceptación del encargo por los árbitros es

que se abre el procedimiento arbitral, lo que implica que también comienza el cómputo del plazo establecido para dictar el laudo.

A veces el plazo estipulado resulta insuficiente, porque el arbitraje se va complicando con pruebas, alegaciones, diligencias cuya práctica se retrasa, etc. En estos casos, los árbitros pueden pedir y las partes conceder una prórroga del plazo, pero siempre por acuerdo expreso de las partes, que debe ser notificado a los árbitros antes de que venza el plazo original. Desgraciadamente, la experiencia enseña que para este momento alguna de las partes ya no está interesada en que el arbitraje llegue a buen término, y hacen lo posible por evitar que se dicte el laudo. En estos casos se echa de menos la posibilidad de que sea el árbitro quien por propia iniciativa decida prorrogar el plazo. De todas formas, entiendo que esta posibilidad puede recogerse en un Reglamento de Procedimiento.

Es conveniente que las normas procedimentales no se conviertan en un sistema encorsetado de normas; de hecho, la mayoría de los Reglamentos de las instituciones arbitrales están integradas por normas muy abiertas, que fían al buen hacer de los árbitros la conducción del procedimiento. La flexibilidad es la máxima que debe guiarles, dando oportunidad a las partes de presentar sus alegatos y practicar las pruebas precisas en apoyo de aquéllos, todo ello dentro de unos límites igualmente necesarios para que no se produzcan situaciones generadoras de indefensión, que es lo que la Ley busca por encima de todo.

Hablando de indefensión, se habla poco de la que se genera en no pocas ocasiones cuando alguna de las partes carece de medios económicos, y esta es una situación a la que hay que prestar especial atención, pues su falta de solución puede provocar una mala imagen de la institución arbitral. Piensese en la situación de alguien, persona física o jurídica, que carezca de medios económicos para hacer frente a los costes de un procedimiento arbitral: No puede acceder al arbitraje por dichos motivos, pero tampoco puede acudir a los Tribunales (en cuya sede jurisdiccional tiene derecho a defensor de oficio) puesto que la cláusula de sumisión a arbitraje se lo impide. Se trata de otro aspecto negativo cuya solución conviene abordar para que nadie pueda quedarse sin la posibilidad de acudir a un arbitraje para resolver sus diferencias.

El momento de dictar el laudo.- El laudo debe dictarse en el plazo de seis meses, salvo pacto en contrario, o dentro de la prórroga si se hubiera acordado. El efecto principal de no dictar el laudo dentro de plazo es su ineficacia, debiendo

en consecuencia, las partes acudir a la vía jurisdiccional si desean hacer valer sus pretensiones. Ello significa un incumplimiento por parte de los árbitros, ya que no han dictado el laudo dentro del plazo establecido, e incurriendo de esta forma en responsabilidad, exigible legalmente. De ahí que a los árbitros, y sobre todo al Presidente de un Colegio arbitral, corresponda velar de manera muy especial por que este requisito se cumpla.

Y no siempre es fácil. Se trata de una decisión colegiada (en los casos de que existan varios árbitros), y la formación de la voluntad en los órganos colegiados tiene su sistema, integrado por un régimen de deliberaciones y votaciones, en su caso, que no es posible eludir sin incurrir en el riesgo de anulación del laudo. Y el asunto se complica cuando existen árbitros de parte carentes de la necesaria imparcialidad. Afortunadamente, la Ley resuelve esta dificultad ordenando que el laudo sea dictado por mayoría, y en su defecto, por el Presidente del Colegio arbitral, sin perjuicio de hacer constar el parecer discrepante de los árbitros que no estén conformes con el laudo. Tal como está expresado en la Ley, parece que es suficiente que el árbitro discrepante haga constar simplemente su desacuerdo, sin necesidad de motivarlo. Sin embargo en la práctica es habitual que se expongan auténticos votos reservados, alguna vez de una extensión inusitada. Lamentablemente, también en muchas ocasiones puede comprobarse que el voto reservado, tan exhaustivamente motivado, no tiene más finalidad que servir de fundamento al posterior recurso de nulidad interpuesto por la parte perdedora.

Transacción de las partes previa al laudo.- Establece el art. 31 de la Ley que las partes en cualquier momento antes de dictarse el laudo pueden suspender el procedimiento durante un plazo cierto y determinado, lo que a veces se hace con la finalidad de intentar conseguir un acuerdo que ponga fin a la controversia. En estos casos, si se consigue el acuerdo lo más recomendable es que se lleve su contenido directamente al laudo, convirtiéndose así en un laudo dictado de común acuerdo con las partes. Ello es sumamente conveniente para los interesados, puesto que al llevarse el acuerdo al laudo aquél adquiere fuerza

ejecutiva y en caso de incumplimiento de alguna de las partes, la parte perjudicada puede instar la ejecución del laudo y con él la del acuerdo.

Pero también es posible que las partes acuerden una suspensión del arbitraje para llegar a un acuerdo, y que dicho acuerdo se adopte sin intervención del árbitro. En estos casos, el árbitro deberá tener buen cuidado de que no transcurra el plazo de que dispone para dictar el laudo, debiendo hacerlo en todo caso, con los elementos de convicción de que disponga. Lo más diligente es solicitar de las partes noticias sobre el acuerdo, y sólo en el supuesto de no recibirlas proceder como se ha indicado.

¿Debe el árbitro suspender el procedimiento cuando se ha interpuesto una querrela criminal relacionada con los hechos objeto de debate?.- Una situación muy frecuente últimamente es la derivada de la tramitación coetánea de un procedimiento arbitral y un proceso penal. Se da efectivamente el supuesto de que, iniciado por una parte un arbitraje como consecuencia de la existencia de un convenio arbitral, la parte contraria interpone una querrela criminal, solicitando inmediatamente del árbitro que paraliza el arbitraje por aplicación de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Obvio es decir que esta táctica suele utilizarse por parte de quien quiere impedir a toda costa un pronunciamiento arbitral, acudiendo a la interposición de lo que en lenguaje coloquial suele llamarse “querrela catalana”, que no tiene más objetivo que paralizar un proceso civil o, con infracción del principio de los actos propios, atraer el conocimiento de la controversia arbitral al juez penal.

Esta situación supone un verdadero dilema para el árbitro, pues por un lado su obligación es dictar laudo dentro del plazo fijado incurriendo, si no lo hace, en responsabilidad, ya que la suspensión o la prórroga del plazo sólo procede por acuerdo por las partes. Pero por otro, se expone a que la parte que ha interpuesto la querrela interponga otra a su vez contra el árbitro por presunta prevaricación (con las reservas derivadas de que un árbitro pueda ser sujeto activo de este delito). ¿Cómo actuar en estos casos?

A mi juicio, la solución la ofrece el propio art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que supedita la suspensión del procedimiento al hecho de que la cuestión penal no pueda obviarse o condicione directamente la decisión del procedimiento. En parecidos términos se pronuncia el art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que accede a la suspensión excepcionalmente cuando la sentencia deba fundarse exclusivamente en la existencia de un delito.

Pero además en el caso del arbitraje existe otra razón para no acceder a una suspensión indiscriminada: La que se deriva del hecho de que un arbitraje no es un proceso judicial, sino un sistema alternativo de resolución de litigios mediante el cual las partes han aceptado resolver sus diferencias excluyendo de forma tajante la intervención de la jurisdicción. (art. 5º de la Ley de Arbitraje: voluntad “inequívoca”).

La intervención del árbitro una vez dictado el laudo.- Este epígrafe puede parecer extraño, pues sabido es que los árbitros finalizan su mandato con la protocolización del laudo o, en su caso, con la de la aclaración del mismo. Sin embargo, lo cierto es que en ocasiones el árbitro (o el Presidente en caso de arbitraje colegiado) tiene unas cargas adicionales a su función, una vez finalizada ésta. Por ejemplo, la custodia de las actuaciones arbitrales, que a veces se componen de gruesos y numerosos volúmenes, y que por elementales razones de diligencia profesional deberá conservar durante el tiempo legal. O su entrega material a la Audiencia Provincial cuando se ha interpuesto recurso de anulación del laudo. En relación con este último punto, conviene decir que es frecuente que el órgano jurisdiccional se dirija al árbitro para que comunique la fecha de notificación del laudo a las partes (para comprobar si el recurso se ha interpuesto dentro de plazo), una carga que a mi entender debe recaer sobre el recurrente, a tenor de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley.

También es frecuente que el árbitro o árbitros sean citados como testigos a instancia de alguna de las partes en el recurso de anulación. Se trata de una práctica inútil y en todo caso incompleta, pues si lo que se quiere es oír a los árbitros, debería establecerse un trámite más amplio (por ejemplo un informe, al estilo de los recursos administrativos), en el que los árbitros puedan expresarse más libremente y con más rigor que el que les ofrece el estrecho cauce de una declaración testifical solicitada por quien es parte interesada.

Conclusión.- He tratado en las anteriores líneas de ofrecer una panorámica de los problemas que más habitualmente suelen surgir en la tramitación de un procedimiento arbitral. No son los únicos, pues la capacidad de imaginación de

las partes enfrentadas por un litigio no tiene límite. A la vista de las experiencias acumuladas durante más de 13 años de vigencia de la Ley de Arbitraje, entiendo que son necesarios algunos cambios para potenciar este sistema alternativo de resolución de litigios. Esta es mi pequeña aportación en tal sentido:

a) Eliminación del requisito de protocolización notarial del laudo y de su eventual aclaración, previsto en los Arts. 33 y 36 de la Ley. Supone un trámite innecesario e incompatible con la simplificación procedimental que se predica del arbitraje.

b) Posibilitar la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento arbitral, evitando de esta forma que el laudo que se dicte sea inoperativo por colocarse alguna de las partes en situación de insolvencia, como por desgracia ocurre con bastante frecuencia. La Ley no prohíbe taxativamente la adopción de estas medidas cautelares, pero al no preveerlas sino para el supuesto de haberse dictado ya laudo, pendiente recurso de anulación (Art. 50), la petición de estas medidas por el árbitro normalmente están encaminadas al fracaso.

c) Eliminación del recurso de anulación previsto en el título VII de la Ley, o cuando menos reducir de los motivos de anulación. Este recurso supone un serio obstáculo al desarrollo del arbitraje, pues la rapidez y agilidad del sistema arbitral al excluir la intervención judicial quedan vacías de contenido con este recurso jurisdiccional. El control formal del laudo puede realizarse del mismo modo incluyendo las causas de nulidad previstas en el Art. 45 como causas de oposición a la ejecución judicial del laudo. Otra solución sería la implantación de un trámite de admisión previo.

d) Eliminación del juicio verbal civil como procedimiento de designación previsto en el título VI de la Ley para el supuesto de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la elección de árbitros, aplicando en su lugar un procedimiento de insaculación similar al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el nombramiento de peritos. La simple designación de árbitro es incompatible con un procedimiento declarativo ordinario como es el juicio verbal, en el que las partes pueden extenderse sobre consideraciones ajenas al nombramiento de árbitro que constituye el único y exclusivo fin del trámite judicial, además de

constituir un control jurisdiccional a priori de la cláusula o convenio arbitral.