

“NOVEDADES DEL ARBITRAJE”**Domingo BELLO JANEIRO¹**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto de arbitraje. 3. El convenio arbitral. 4. Antecedentes de la actual legislación. 5. El arbitraje de derecho administrativo. 6. Leyes que prevén sistemas arbitrales. 7. Principios del procedimiento arbitral. 8. Caracteres del arbitraje. 8.1 Arbitraje internacional. 8.2. Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros. 8.3. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo. 9. Principios básicos del arbitraje. 10. Fomento de la cultura del arbitraje. 11. El arbitraje institucional. 12. El arbitraje internacional de inversión. 12. El arbitraje estatutario en las sociedades de capital y la normativa concursal. 13. El arbitraje en la propiedad intelectual. 14 Consideraciones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

Comienzo mi colaboración con el especial agradecimiento, al margen de formalismos protocolarios, por su amable invitación a participar en el seno de la prestigiosa Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales en este magno IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica felicitando por dicha iniciativa y la extraordinaria organización a nuestros anfitriones, centrandome mi exposición de seguido para exponer básicamente un tema sobre el cual puede abrirse un interesante debate, las novedades de la regulación española del arbitraje, sobre todo internacional, con especial referencia al de inversión, al que me he dedicado en la práctica ya en diversas ocasiones.

La resolución de conflictos de todo tipo a través del Arbitraje era algo inédito en los países que no tienen cultura anglosajona hace apenas unos años, a pesar de que el Arbitraje agiliza los largos procesos judiciales y que es tan antiguo como el propio desarrollo de la Justicia en el mundo moderno. Un sistema rápido y eficaz de resolver la mayoría de los conflictos que, sin embargo, no ha comenzado a aplicarse de forma habitual hasta hace poco, por lo que celebro mucho la oportunidad de hacer proselitismo del mismo en esta magnífica oportunidad.

El Arbitraje consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial que se denomina Arbitro, que dicta un "Laudo" de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos.

Las razones por las que la Cultura del Arbitraje se está imponiendo con fuerza son básicamente dos: rapidez y economía. El Arbitraje resulta infinitamente más rápido que la Justicia Ordinaria. Permite ajustar enormemente los plazos hasta el Laudo o Sentencia Arbitral en función del tipo de controversia. Un tiempo mínimo en comparación con los largos procesos judiciales que llegan a dilatarse años. En contraste con la larga duración de los juicios, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es

¹ CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE CORUÑA. ÁRBITRO DEL CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) del BANCO MUNDIAL ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

una de las causas de nulidad del laudo arbitral. Reducción de tiempo y procedimiento que se traduce inmediatamente en ahorro.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante, así como el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate, siendo característica del arbitraje su voluntariedad en el sometimiento.

En España, la entrada en vigor de la vigente Ley de Arbitraje en 2003 y su modificación en 2011, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con las nuevas Leyes se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre sus empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero.

La actual Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de la economía y fortaleciendo la presencia de las empresas en el panorama internacional.

En la presente ponencia me parece intelectualmente más honesto comenzar por hacer estas previas precisiones conceptuales para delimitar el contenido concreto de los términos a que haremos referencia en las páginas posteriores, comenzando por el propio concepto que se va a utilizar del arbitraje, para analizar después los antecedentes de la actual regulación en España, con la exposición de las distintas leyes que prevén sistemas arbitrales, que, cada vez, son más numerosas habida cuenta de la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia, especialmente en el ámbito del derecho administrativo.

Después, hemos estudiado los caracteres propios del arbitraje y la promoción del mismo en el ámbito propio del título del texto, el de los instrumentos internacionales en materia de arbitraje internacional, su flexibilidad y eficacia, tras lo cual se exponen los principios básicos del arbitraje así como la importancia crucial del fomento de la cultura del arbitraje para finalizar con el análisis del arbitraje internacional de inversión, en el cual se manifiesta en todo su contenido más específico el reconocimiento de los resultados por parte de los Estados, todo lo cual someto, por supuesto, muy gustoso a cualquier otra opinión mejor fundada en derecho.

2. CONCEPTO DE ARBITRAJE

El arbitraje consiste, básicamente, en un medio de resolución de litigios al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos, básicamente, por razones de celeridad y flexibilidad, que se encuentra regulado en España en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (El Código Civil se refería originariamente al arbitraje en los arts. 1820 y 1821 CC), en la que, como reza su exposición de motivos “ 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, de 21 de junio de 1985”, y adoptada por más de 35 países.

La Ley, siguiendo un sistema monista, pretende ser una ley general aplicable tanto a los arbitrajes ordinarios como a los arbitrajes especiales, tanto nacionales como internacionales, sin que, si se trata de un Estado, sociedad, organización o empresa extranjera, pueda invocar sus prerrogativas (es decir, inmunidad de ejecución y jurisdicción).

El arbitraje sigue siendo una de las alternativas más adecuadas para eludir o paliar los inconvenientes que pueden surgir de la Administración Pública de Justicia y, desde luego, la cada vez mayor internacionalización de las relaciones comerciales hace que se convierta en una opción muy sugerente, por sus características de rapidez, menor coste y hasta mayor y mayor discreción.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración del Estado, tiene como objetivo contribuir al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje y al respecto parece bien oportuno tomar en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 que ya reconocieron el arbitraje como “equivalente jurisdiccional”, en cuya misma línea la Ley de 2011 se sitúa, con la introducción de importantes novedades cuyo objeto último es reforzar e impulsar el arbitraje en España, para que el país sea una sede atractiva para la tramitación de arbitrajes internacionales

En el preámbulo de la Ley de 2011 ya se anuncian las novedades más importantes que se han introducido, consistentes en la reasignación de las funciones judiciales, la aclaración de las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, el incremento de la seguridad jurídica y eficacia de estos procedimientos, así como el nuevo sistema en cuanto al idioma del arbitraje y determinadas novedades respecto de la regulación del laudo arbitral, estableciéndose en la disposición adicional única un nuevo procedimiento, de naturaleza gubernativa, para resolver conflictos entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales y modificándose la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio para compatibilizar determinadas de sus disposiciones con el arbitraje.

A continuación, me referiré fundamentalmente al arbitraje de derecho, en que los árbitros tienen que resolver mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes al caso controvertido, aunque la Ley española también alude al arbitraje de equidad (en esta modalidad, los árbitros tienen que decidir de acuerdo con los postulados de la justicia material, es decir, de acuerdo con su conocimiento y sabiduría y queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente) y al arbitraje testamentario (art. 10, que instituido en disposición testamentaria, puede solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios; no se trata de hacer la partición, sino de prohibir la vida judicial y que se acuda a la arbitral).

3. EL CONVENIO ARBITRAL

Un aspecto central de la regulación en España es el referido al convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

En la Ley española este convenio tiene que contar con el contenido mínimo que puede constar en el contrato principal o en una cláusula incorporada al contrato principal. Así, conforme al art. 9: el convenio debe constar por escrito (sean cartas, télex, fax, etc.); la controversia presente

o futura debe ser determinada o determinable y las partes deben tener la libre disposición conforme a derecho (art. 2.1.), quedando excluidos los arbitrajes laborales.

Se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito pero se contemplan diversas modalidades de constancia escrita y se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Se admite la validez de la cláusula arbitral por referencia, que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado.

Rige el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

4. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN

En la década de los ochenta las demandas de los operadores económicos y las exigentes tomas de posición de la doctrina, crearon la convicción generalizada de la necesidad de un cambio de rumbo de la legislación española en materia de arbitraje, que diera cumplida cuenta en la legislación de las crecientes necesidades de la práctica.

Así es que en 1981, al existir un contraste entre el creciente desarrollo del comercio internacional y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje, se promulga un Real Decreto (Real Decreto 1094/1981 de 22 de mayo) el cual habilita al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial internacional. Este será el origen inmediato de la Corte Española de Arbitraje la cual ha desempeñado un importante papel como centro propulsor del arbitraje en España y de la reforma de su régimen jurídico.

Algunas importantes leyes, en materia de defensa de consumidores y usuarios, de ordenación del seguro privado, de ordenación de los transportes terrestres, de propiedad intelectual, de arrendamientos urbanos o de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se han dictado en España en los últimos años, prevén expresamente la utilización de técnicas arbitrales de solución de conflictos, lo cual prueba el prestigio de la institución a la que se refiere incluso en su fase virtual la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de 29 de diciembre de 2006.

La Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre pretendió suplir las carencias e imperfecciones de la Ley de arbitraje de derecho privado de 1953, ya que ella no servía para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni nacional ni mucho menos internacional.

Para ello facilita un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaure sea igualitario. Tal y como indicaba en su Exposición de motivos, se trataba, pues, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. A tal fin, la ley dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de a voluntad, que preside el desarrollo del procedimiento arbitral, por lo que las normas de procedimiento son escasas y reduce la intervención jurisdiccional a la estrictamente necesaria.

5. EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Así, nos encontramos, antes de la vigencia de la ley actual, dentro de un contexto en el, por aludir a un ámbito jurisdiccional, quizá, más sensible y hasta colapsado, que el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, en el que aumentan crecientemente la importancia de las medidas cautelares y alcanzan especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje de derecho administrativo.

Respecto del arbitraje de derecho administrativo es aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

Así el arbitraje se desarrollará con mayor soltura en los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Algunas materias susceptibles de arbitraje son los contratos administrativos típicos y atípicos, los contratos privados de la Administración, los convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios entre otros.

Sin embargo el arbitraje nunca podrá versar sobre actos administrativos reglados o sobre el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos reglados, ya que éstas no son materias de libre disposición.

El sistema del arbitraje permite que las personas naturales o jurídicas, puedan someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El arbitraje tiene algunas ventajas, entre las que se podrían destacar el factor temporal, en contraste con la larga duración de los procesos contencioso-administrativos, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante.

Como última ventaja he de destacar el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate.

El arbitraje se caracteriza por su voluntariedad en el sometimiento, pues en caso contrario se podrían vulnerar las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de Tribunales de excepción y tutela judicial efectiva.

Una segunda característica es la libre elección de los árbitros, es necesario que sean órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. No han de ser las partes las que resuelvan el conflicto, sino un tercero siendo su decisión la que se impone de forma obligatoria.

El laudo o decisión judicial es de obligado cumplimiento para las partes y produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Por tanto no puede ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos. Por último, los conflictos deben ser de naturaleza disponible por las partes, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho.

En cuanto a su aplicación formal, el arbitraje ha de tener carácter alternativo u optativo, y no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario. La Ley trata de fomentar que los ciudadanos se acojan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al de arbitraje, siempre teniendo en cuenta que este último sistema sustituye también de forma parcial al contencioso-administrativo. De lo que se trata es de conseguir una reducción de la litigiosidad y que el sistema funcione.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

La Ley de arbitraje de derecho administrativo no podrá suponer una limitación ni de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el artículo 35 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas ni de los previstos en la legislación procedimental.

6. LEYES QUE PREVÉN SISTEMAS ARBITRALES

Siguiendo las pautas marcadas en la Recomendación 12/1986 del Consejo de Europa, referida a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, en la cual postulaba que los gobiernos adoptasen las disposiciones adecuadas para que en los casos que se prestasen a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial.

Por ello, insisto en que leyes recientes como la de Ordenación del seguro privado, la general para la defensa de los consumidores y usuarios y la de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la de propiedad intelectual y la de ordenación de los transportes terrestres, así como la de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, por razón de discapacidad crean instancias arbitrales a las que la ley de arbitraje servirá de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal.

7. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

Así las cosas, en España la entrada en vigor, el 26 de marzo de 2004, de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para

hacer, en el futuro, de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con la nueva Ley se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre nuestras empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero

El tiempo transcurrido desde la precedente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, permitió detectar sus lagunas y defectos, resultando necesario adaptar el arbitraje, sobre todo en su vertiente comercial transnacional, a las nuevas necesidades del tráfico jurídico y económico actual, ofreciendo incentivos que hagan atractiva esta vía de resolución de conflictos alternativa a la actuación judicial ordinaria, que contribuya a disminuir la creciente sobrecarga de trabajo de ésta y permita, aparte de mayor celeridad, el ahorro en procesos y costes judiciales.

En primer lugar hay que resaltar que el contexto socioeconómico y político en el que se ha producido la aprobación de esta Ley de arbitraje en diciembre de 2003 difiere sustancialmente del que existía hace quince años, cuando fue aprobada la anterior norma jurídica en materia de arbitraje.

Por ello, hay que destacar que tras la política económica llevada a cabo en los últimos años, la realidad en esos momentos era que nuestro país ocupa una posición mucho más relevante que la que ocupaba en ese momento, siendo destacable el notable incremento del volumen de inversión en el extranjero en sectores estratégicos. Todo esto hay que enmarcarlo en el contexto de una economía global caracterizada por la cada vez mayor interdependencia de las economías y el incremento de los flujos comerciales internacionales.

Dicho contexto económico ha tenido como principal efecto desde el punto de vista jurídico una creciente tendencia hacia la armonización en distintos ámbitos del derecho del comercio internacional. Así, se han impulsado los medios de tutela no judiciales, debido principalmente a la influencia anglosajona, y se ha puesto de manifiesto la conveniencia de armonizar el régimen jurídico del arbitraje. Nuestro legislador, con esta nueva Ley de arbitraje, ha tratado de dar así una respuesta jurídica a esta realidad, adaptándose a las necesidades actuales en la materia. Y se ha optado, además, por una regulación unitaria del arbitraje interno y el internacional.

La nueva Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje, del año 1988, y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de nuestra economía y fortaleciendo la presencia de nuestras empresas en el panorama internacional. Además, el nuevo texto flexibiliza el procedimiento arbitral, agilizando sus instancias, lo que mejora sustancialmente la posición de España en cuanto al arbitraje internacional, pues atraerá a los empresarios extranjeros a someterse al arbitraje en España, al poseer un modelo arbitral más seguro y moderno.

8. CARACTERES DEL ARBITRAJE

La Ley 60/2003 ha introducido importantes novedades en la regulación del arbitraje, y destacan sobre todo su vocación internacional, su flexibilidad y su eficacia.

8.1 Arbitraje internacional.

Así, en primer lugar, el legislador se ha basado para elaborar esta norma en la Ley modelo elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), adoptada ya por más de 35 países, que responde a un compromiso entre las tradiciones jurídicas continental y anglosajona, y por primera vez se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje internacional.

Esto tiene una gran relevancia, puesto que facilitará la interpretación y aplicación de la Ley en el contexto jurídico internacional, lo cual favorece que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar de arbitraje.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley es territorial pues se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional.

La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue los criterios de la Ley Modelo, al que debe añadirse otro: cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional, que se suma a los tradicionales: que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes y que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

Se especifica, además, todo ello en el art. 3 de la Ley 60/2003, que si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Por lo demás, en la Ley de 2011 se especifica que, para tratar de conseguir mayor seguridad jurídica, a falta de acuerdo en cuanto al idioma, el procedimiento arbitral se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales del lugar de las actuaciones, siendo que antes se permitía que los árbitros decidieran sobre este punto.

Por otra parte, se establece también en 2011 como novedad que los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento podrán utilizar su lengua propia (artículo 28.1 LA), lo que facilitará la actuación de dichas terceras personas sin reparo por su falta de conocimiento del idioma.

8.2 Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros

En segundo lugar destacamos su flexibilidad, por varias razones. Con la nueva normativa no se impone exigencia restrictiva alguna para ser árbitro, sino que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica, lo que posibilita, por ejemplo, que notarios y registradores actúen como árbitros.

Asimismo, se deja más libertad a las partes para designar árbitros, como ya digo atendiendo a su específica cualificación en función de la materia de que se trate y se reconoce expresamente a

estos últimos la potestad de adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con la nueva legislación, pueden ser árbitros las personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no así las jurídicas (v. gr. Corporación de Derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro), art. 15. El número siempre será impar y de encomendarse a una corporación o asociación, el presidente se designa por su reglamento.

La designación puede ser directa por las partes; optar por el arbitraje institucional, en cuyo caso la designación será conforme al reglamento de la corporación o asociación o, por último, que las partes elijan un tercero que sea el que designe a los árbitros.

La controversia puede ser actual o futura; lo que sí debe estar ya inicialmente determinado es la relación jurídica, pues en otro caso, si el tercero interviene no para resolver un conflicto sino para integrar la relación (v. gr. determinando el precio final), no estamos ante un árbitro sino ante un arbitrador. El tercero también puede completar la relación jurídica.

El arbitraje puede ser de un sólo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y éstos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Siguiendo la línea de la “libre competencia” reclamada por la Unión Europea y la experiencia internacional, con la Ley de 2011 se abre el abanico de profesionales que pueden ser árbitro ya se elimina la condición de abogado y se sustituye por la de jurista y por otra parte, se establece la posibilidad de que si el arbitraje tuviera que resolverse por tres o más árbitros y siempre y cuando no sea de equidad, al menos uno de ellos tendrá que tener la condición de jurista (artículo 15.1 LA), de lo que se desprende que no es necesaria la condición de jurista para el resto.

Esta reforma de 2011, desde luego, puede suponer ventajas al poder incorporar profesionales que sean juristas, no siendo abogados, si bien, no obstante, en el supuesto de arbitraje de tres o más árbitros, esta norma puede dar entrada a profesionales de otros ámbitos que podrían tener, en su caso, una adecuada especialización en la materia concreta, pero con el riesgo de que un arbitraje de derecho no sea resuelto por un profesional del mundo del derecho.

Los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia (regla Kompetenz-Kompetenz). Los árbitros determinan asimismo la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral. Los árbitros carecen sin embargo de potestad ejecutiva.

Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de la libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. La arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

Prima la autonomía de la voluntad de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral). Las partes pueden también someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución.

La Ley de 2011 concreta las incompatibilidades en relación con la intervención de la mediación, puesto que salvo acuerdo entre las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas (artículo 17.4 LA). Esta medida facilitará la neutralidad e independencia del árbitro.

La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad es la característica de estos procedimientos.

8.3. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo

También es fundamental, en cuanto a la eficacia de la Ley, el hecho de que el laudo tenga fuerza ejecutiva, y que la acción de anulación no suspenda su ejecutividad.

El laudo tiene fuerza ejecutiva. Si éste no es firme el ejecutado podrá solicitar y obtener la suspensión con la prestación de caución.

Asimismo, se establecen unas tarifas para definir los costes, que se reducen, y se moderniza el procedimiento arbitral, potenciando el uso de las nuevas tecnologías, a la vez que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica.

El laudo es, con respecto al procedimiento arbitral, lo que la sentencia es con respecto al procedimiento judicial. Hay que dictar el laudo, a excepción de que exista un acuerdo contrario de las partes, en el plazo de seis meses. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado el laudo, el convenio arbitral quedará sin efecto y los interesados se pueden dirigir a la vía judicial.

En los procedimientos arbitrales que lleven causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de arrendamientos urbanos, tienen que dictarse en el plazo de tres meses.

Por lo que hace al procedimiento, el cómputo de plazos se efectuará por días naturales (regla no aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control).

El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computa desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla, por razones de dotar al procedimiento de mayor celeridad. La intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la Ley.

La pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.

La solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje.

Posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado.

Hay que dar el laudo por escrito, con expresión del lugar en el que se dicta, de las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, la cuestión que se somete a arbitraje, una relación breve de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral (art. 37 de la ley).

Ya no resulta preceptiva la protocolización notarial del laudo a no ser que lo pida una de las partes. Así pues, sólo hay que protocolizarlo notarialmente, si lo insta cualquiera de las partes, antes de la notificación y a su costa, y hay que notificarlo de manera fehaciente a las partes. En caso de protocolización el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurrirá entonces desde su notificación.

En la Ley de 2011 se especifica que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral (artículo 37.2), lo cual, desde luego, refuerza la importancia del arbitraje puesto que pese a que haya transcurrido el plazo correspondiente sin haberse dictado el laudo dentro del mismo, se le sigue dando validez a la resolución arbitral, sin perjuicio de que ello también es cierto que puede contribuir, en cierto modo, a ralentizar el procedimiento arbitral, caracterizado por su mayor celeridad en los términos vistos.

Contra el laudo, sólo son posibles una serie de recursos muy concretos:

1) Recurso de anulación. Conforme al art. 40, para anularlo, deben alegarse y probarse alguna de las causas siguientes: Que el convenio arbitral no exista o no sea válido. Que la parte que solicita la anulación no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos. Que la designación de árbitros o del procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes, salvo que sea contrario a la ley. Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión. Por el contrario, las omisiones de lo sí sometido puede complementarse con otro laudo. Que haya resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. Que el laudo sea contrario al orden público.

2) Recurso de revisión. El laudo firme produce efectos de cosa juzgada, por lo que sólo cabe recurso de revisión conforme al art. 510 LEC. Cabe decir que no es propiamente un recurso de revisión, sino rescisorio y extraordinario.

En la Ley de 2011, en cuanto a la regulación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y mediación (que no arbitrales) se modifica el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pasando a establecer dicho artículo que los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución son competentes para conocer las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros (Disposición Final Primera LA), siendo dicha competencia anteriormente del Tribunal Supremo.

9. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ARBITRAJE

Básicamente, podríamos decir que los principales principios que informan la nueva Ley son los siguientes, que hemos ido exponiendo anteriormente: en primer lugar, la modernización del arbitraje; en segundo lugar, la homologación internacional del arbitraje; la flexibilización y agilización del procedimiento y la autonomía de la voluntad; la ampliación de las competencias de los árbitros y el aumento de la eficacia del laudo, que no corresponde ahora en un trabajo de este tipo limitado por razón de espacio desarrollar con más detalle pero que sí me interesa destacar especialmente, siquiera sea volviéndolos a enumerar.

10. FOMENTO DE LA CULTURA DEL ARBITRAJE

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la nueva Ley son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido empresarial español, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudarlo. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustituto de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En definitiva, creo que la Ley de Arbitraje contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

Con la Ley de 2011, además las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia serán competentes para el nombramiento y la remoción judicial de los árbitros [artículo 8.1 de la Ley de Arbitraje (LA)], para conocer de la acción de anulación (artículo 8.5 LA) o del reconocimiento del laudo (artículo 8.6 LA), con lo cual los Juzgados de Primera Instancia sólo conservan su competencia para la ejecución de los laudos (artículo 8.6 LA).

Esta reasignación de las funciones supone, sobretodo, una reducción del número de Tribunales competentes con la consiguiente unificación de criterios, la adquisición de experiencia por estos

Tribunales y la atribución de competencias a un Tribunal con grado en la jerarquía judicial como es un Tribunal Superior de Justicia.

En cuanto al arbitraje internacional, se incluye en 2011 una importante novedad en cuanto a la competencia, estableciéndose que para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente al domicilio.

A través de la Ley de 2011 se lleva a cabo un explícito reconocimiento por parte del legislador de un mayor protagonismo de la institución del arbitraje, al atribuir la competencia a órganos judiciales jerárquicamente superiores, lo cual debería suponer, como corolario apodíctico, una mayor especialización de los organismos judiciales que conocen del arbitraje y en última instancia un mejor funcionamiento del sistema.

11. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL.

Todavía quedaría por referirnos al arbitraje institucional, o también llamado arbitraje administrado, que es aquel en que las partes encomiendan la administración y designación de los árbitros a una corporación de derecho público, o a una asociación o entidad sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. El procedimiento arbitral está definido por la correspondiente institución, no teniendo las partes participación alguna en su elaboración. Dicha institución ejerce sus funciones según su propio reglamento.

La regulación vigente es similar a la contenida en el artículo 10 de la Ley de 1988 de suerte que junto con los casos en que las partes en el convenio arbitral nombran a los árbitros o especifican su modo de designación, se contiene el arbitraje institucional en cuya virtud se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros mismos a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales y a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En el apartado 2 se especifica que dichas instituciones arbitrales deben aprobar unos reglamentos al respecto, que, de modo diverso de la Ley de 1988, y tras haberse rechazado cuatro enmiendas en tal sentido, ahora no se obliga por Ley a protocolizarlos notarialmente, si bien tampoco se prohíbe, como es lógico, todo ello en consonancia con el principio antiformalista de la nueva Ley.

Se incluye expresamente al Tribunal de Defensa de la Competencia como Corporación que pueda ejercer funciones arbitrales con la finalidad de potenciar su papel en dicha actividad arbitral y sin que haya prosperado, como hemos visto, la pretensión de incluir la alusión a los órganos autonómicos correspondientes, lo que, desde luego, no impide a éstos desempeñar tal cometido si sus respectivas regulaciones lo prevén así en tanto que corporaciones de derecho público que indudablemente son, al modelo del nacional, que, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, que aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, es un organismo autónomo con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía.

El arbitraje institucional, tan extendido en la práctica internacional, sobre todo anglosajona, se introdujo en nuestro país en la Ley de 1988, frente a la prohibición expresa de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que consideraba inválido el pacto de deferir a una de las

partes o a un tercero el nombramiento de los árbitros, consolidándose a partir de su inclusión en 1988 diferentes instituciones que administran eficazmente el arbitraje con mecanismos de selección de árbitros con alta cualificación profesional ajustándose todo ello a lo dispuesto en las normas previamente incluidas en el respectivo reglamento, sin que nada de ello apareciera expresamente previsto en la Ley Modelo Uncitral, que lo da por supuesto sin ninguna limitación legal precisamente por la amplia tradición internacional del arbitraje institucional.

En el ámbito internacional tiene relevancia singular a partir de la Convención de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 donde se contempla el arbitraje institucional que se oferta mediante árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan, siendo de destacar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, con sede en Washington, como único en el que se pueden residenciar demandas contra los Estados por parte de inversores extranjeros, y al que nos referimos en el apartado siguiente y último de este texto.

En la regulación actualmente vigente en nuestro país la característica esencial es la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a cargo de una institución que, a su vez, dicta las normas por las que se regulan las funciones del árbitro, que, por lo demás, puede incluso ser designado por las partes sin que ello desnaturalice la condición de arbitraje institucional siempre que cumpla el reglamento de la institución.

En el concepto de administración del arbitraje se comprende, lógicamente, el apoyo logístico, de infraestructura y medios materiales, técnicos y hasta humanos para el correcto ejercicio de las funciones arbitrales, incluyendo el control de la actuación arbitral y hasta la integración del convenio arbitral.

Las instituciones arbitrales suelen contener en sus reglamentos, en ausencia de acuerdo de las partes, la regulación de diversos aspectos y así, a título ejemplificativo, en el Convenio del CIADI se contemplan la constitución del Tribunal de Arbitraje, con el procedimiento de elección, sustitución y recusación de árbitros, así como el lugar o las costas del procedimiento o las reglas del mismo y hasta los honorarios de los árbitros.

En nuestro caso, a diferencia del derecho francés o portugués no existe una expresa prohibición de la asunción de la función arbitral por la persona jurídica, si bien ello se sobreentiende a lo largo del articulado de la Ley que, por ejemplo, en el precedente artículo 13 se refiere a la "persona natural", confiriendo en este precepto en concreto a las personas jurídicas o bien sólo la administración del arbitraje o únicamente, si las partes lo han pactado así o no lo han excluido expresamente, la designación del árbitro o árbitros o ambas, tanto la administración del arbitraje como la designación del árbitro.

Por lo demás, se requiere que dichas personas jurídicas a que alude el precepto tengan atribuidas las funciones "arbitrales" de administración del arbitraje en sus propios Estatutos o en las normas que regulen dicha corporación y que, además, dispongan de un Reglamento en donde precisamente se regulen tanto la administración del arbitraje cuanto la manera de designar a los árbitros en cuestión.

Como última novedad al respecto, destacaré que en la disposición adicional segunda de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, publicada el 23 de junio, en el Boletín Oficial del Estado, se habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que la Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la

Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, que presenta un balance escaso, a diferencia del modelo alemán en que se inspira.

Entre sus funciones, debe incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual o entre alguna de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión.

Se ha presentado una enmienda, la número 64, del Grupo Mixto, Izquierda Unida, que, por la relevancia de la Comisión, pide que sus elementos básicos se fijen por Ley, preferiblemente de Propiedad Intelectual, por lo que propone la supresión de la disposición adicional segunda, que remite a un posterior desarrollo reglamentario, añadiendo que la modificación de la Comisión no está prevista por la Directiva objeto de transposición, todo lo cual fue rechazado en el Pleno del Senado.

Finalmente, en la Ley de 2011 se regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para la resolución de conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes Instrumentales, que deben ser resueltos por el Gobierno, para lo cual se crea una Comisión Delegada, presidida por el Ministerio de la Presidencia (Disposición Adicional Única).

12. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la reciente nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa –o un particular– pudiese demandar a un Estado. Por si acaso, Evo Morales y Hugo Chávez, presidentes entonces de Bolivia y Venezuela, respectivamente, adelantaron que si el vecino americano se atreve a usar la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales España ha firmado más de medio centenar, entre otros con Bolivia, Colombia, Venezuela o Argentina.

El contenido de dichos APPRI de España con esos países, al igual que los cerca de tres mil vigentes en todo el mundo, recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba, en este caso y en todos los demás APPRI, en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el referido CIADI, con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas, por ejemplo petrolíferas, contra los Estados, al igual que ya lo hizo Repsol frente a Ecuador por una diferencia con la empresa estatal petrolífera- si no llega antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Colombia, o un inversor colombiano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Colombia o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Colombia o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o colombiano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

En concreto, aunque sometido a cláusula de confidencialidad en cuanto al contenido de las controversias, sí que puedo decir que fui por tres veces designado por el Banco Mundial árbitro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el arbitraje solicitado y presentado bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados con ocasión del conflicto entre la compañía alemana Siemens y Argentina por la rescisión del contrato de DNI e información migratoria, así como también con ocasión del conflicto entre la compañía americana AES Corporation y Argentina por la inversión de la mencionada empresa en ocho plantas generadoras y tres compañías distribuidoras de energía eléctrica ubicadas en territorio argentino, y, por último, por el presentado por Daimler Chrysler Services AG Mercedes Benz, en contra de la República de Argentina por una diferencia en torno a vehículos industriales y en la actualidad formo parte de un tribunal arbitral en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en la reclamación contra Argentina formulada por Inspection and Control Services Limited (ICS).

El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra Estados Unidos, por ejemplo), y los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución, ahora ya firmado por más de 150 Estados, entre ellos Colombia, Bolivia, Argentina, Venezuela y España.

El primer país condenado de la entonces OCDE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando ahora el país austral es el que, cuantitativamente, presenta el mayor número de reclamaciones pendientes ante el CIADI, que tiene más de 100 casos en trámite con cantidades en disputa superiores a 40 mil millones de dólares y a los que, probablemente, se hubiera añadido la reclamación contra Bolivia por el Decreto de nacionalización del gas y el petróleo y contra Venezuela por la del petróleo.

Ahora bien, el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, al día siguiente de la toma de control del yacimiento petrolífero del Orinoco, -dice que- retira a Venezuela del FMI y del Banco Mundial, y lo mismo han hecho Bolivia, Cuba y Nicaragua, por lo que, de nuevo, en esos países, si, finalmente, materializan dichas declaraciones, no hay ningún tribunal internacional ante el cual el inversor expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia Y en cuanto al recurso a la invasión, por si acaso ya advirtieron los presidentes Chávez y Morales que si el vecino americano usa la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Al quedarse los APPRI de esos Estados sin la cláusula que permite acudir al arbitraje internacional del CIADI, y quedar limitada la eficacia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en los términos vistos, por sus problemas estructurales y de que sólo pueden demandar los Estados, ahora, frente a estos países, los inversores extranjeros sólo podrían reclamar ante los tribunales internos de justicia del país, con las limitaciones ya vistas que ello presenta.

13. EL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y LA NORMATIVA CONCURSAL

En la Ley de 2011 se introduce la posibilidad de que los estatutos de las sociedades de capital prevean la sumisión a arbitraje de los conflictos que se planteen en ellas, resultando necesario para introducir esta cláusula estatutaria ue haya al menos voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social, al igual que los estatutos pueden establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores sea sometida a arbitraje (artículo 11bis LA).

Se dice en dicha modificación de 2011 que se procederá, además, a la anulación por laudo de los acuerdos societarios inscribibles y el laudo que declare la nulidad deberá inscribirse en el Registro Mercantil, especificándose que si el acuerdo ya estaba inscrito, el laudo también determinará la cancelación de su inscripción y de los asientos posteriores que puedan resultar contradictorios (artículo 11ter LA).

Con la Ley de 2011 se pretende conseguir mayor seguridad jurídica en cuanto a la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios, lo que se intenta reforzar mediante el establecimiento de la obligatoriedad de las inscripciones en el Registro Mercantil necesarias para que la hoja de la sociedad refleje tanto el laudo correspondiente, como sus consecuencias en el caso de que éste afecte a actos inscribibles o inscripciones ya realizadas.

Con la reforma del artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se hace especial hincapié en el hecho de que quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales podrá pedir al Tribunal medidas cautelares (Disposición Final Segunda, LA).

Se modifica en 2011 el artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, lo cual se introduce al objeto de mantener la vigencia del convenio arbitral sobre acciones civiles que podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso, siendo dichas acciones, por ejemplo, sobre la existencia, validez o cuantía de un crédito, sobre el cobro de deudas a favor del deudor o las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal, etc, estableciéndose, con todo, que el órgano jurisdiccional competente podrá suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos si entiende que los mismos pueden perjudicar la tramitación del concurso (Disposición Final Tercera LA), lo cual se compadece con las soluciones comunitarias en la materia concursal.

14. EL ARBITRAJE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

En materia de Derecho de Autor en España es posible resolver mediante arbitraje las cuestiones civiles dimanantes de violaciones de la propiedad intelectual, regulando la Ley de

Propiedad Intelectual en sus artículos 138 y siguientes los derechos que se pueden ejercitar, que son de libre disposición y por tanto compatibles con el Arbitraje, especificándose en dicho texto legal, en su artículo 158/3, en relación con las Entidades de Gestión de Derechos de Autor, que corresponden a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual las funciones de mediación y arbitraje “dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio” quedando su función reforzada por la Ley 21/2014 de Reforma de la Propiedad Intelectual.

En nuestro país en lo que se refiere al arbitraje de la propiedad intelectual la Comisión de Propiedad Intelectual se configura como un órgano colegiado de ámbito nacional adscrito a la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con funciones, por lo que nos interesa, de arbitraje de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, lo cual se regula en el Real Decreto 1889/2011 de 30 de Diciembre.

Pese a su naturaleza de órgano administrativo, no forma parte de la estructura orgánica del Ministerio y dicha Comisión de Propiedad Intelectual actúa por medio de dos secciones, siendo la Primera la que ejerce las funciones de arbitraje que la legislación le atribuye, previo sometimiento de las partes, resolviendo los conflictos suscitados entre las entidades de gestión y los titulares de derechos, o las asociaciones de usuarios de su repertorio, o las entidades de radiodifusión, o las empresas de distribución por cable, y también frente a otras entidades de gestión y fijando las cantidades sustitutorias de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión por la utilización de su repertorio.

Desde el punto de vista de sus efectos, es la función más relevante pues, como ha dicho reiteradamente el TC, constituye un equivalente de la función jurisdiccional. Su régimen está en la LPI y el RD 479/1989 y, cuando éstos fallan, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y, sobre todo, al basarse en la expresa voluntad de las partes, no suscita ninguna reticencia especial.

Contra lo que pedía la Moción unánime del Congreso, la Comisión no tiene atribuidas competencias para arbitrar en cualquier conflicto en materia de propiedad intelectual, sino que está limitada objetiva y subjetivamente, siendo el sometimiento de las partes a la Comisión voluntario y por escrito con la posibilidad de la fijación de cantidades sustitutorias a las tarifas generales de las entidades, y con la decisión de la Comisión vinculante y con carácter ejecutivo.

Desde el punto de vista de la exigencia de carácter objetivo, en relación con obligaciones de las entidades de gestión: contratar autorizaciones no exclusivas en condiciones razonables; establecer tarifas generales; y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios.

En cuanto al aspecto subjetivo, es necesario que las controversias tengan lugar entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios de su repertorio o entre entidades de gestión y entidades de radiodifusión. Quizás, teniendo en cuenta que el arbitraje es siempre voluntario, cabría optar por la ampliación de su ámbito, lo que se ha pretendido llevar a cabo en la Ley 21/2014.

En lo que respecta al previo sometimiento de las partes, voluntario y escrito, cabría también plantearse si la Comisión puede recibir solicitudes unilaterales, lo que no tiene duda si, en su día, las partes ya previeron un arbitraje, así como si las partes pactan un arbitraje ad hoc surgido el conflicto.

Ahora bien, si no existe convenio inicial (para conflictos futuros) ni actual (para el conflicto ya surgido), quizás podría admitirse una solicitud para que la Comisión la traslade a la otra parte como fomento del arbitraje, que, en cualquier caso, tendría escaso sentido y utilidad.

Sobre la previsión de gratuidad de ciertos arbitrajes institucionales, beneficiaba también al desarrollado por la Comisión, según la Ley de Arbitraje de 1988, que, en la actualidad, no aparece y ya se sabe que el arbitraje Ben general- no es barato, puesto que hay costes que pueden ser elevados, tales como el alquiler de sala, retribución de los árbitros (...y representantes), secretaría, comunicaciones etc. Desde luego, que se asuman esos costes por la Administración o que se carguen a las partes, no es una cuestión menor.

En cuanto a la voluntariedad, en Alemania, encaja en el procedimiento arbitral una propuesta de acuerdo puesto que el procedimiento alemán no concluye con un laudo, sino que se pretende favorecer un acuerdo y, en última instancia, proponérselo a las partes, que, con todo, no están compelidas a asumirlo, no quedando en ningún caso vedada la vía judicial, sino condicionada, puesto que en los casos litigiosos de que trata no podrá presentarse demanda ante las cortes judiciales sino después de que se haya adelantado un proceso ante la comisión arbitral.

En la legislación española quedan algunos rastros de este tipo y, así, se alude a la realización de las reuniones precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo, que debe ser fomentado por la Comisión, si bien en Alemania, cualquiera de las partes puede pedir la intervención de la comisión, mientras que en España, han de hacerlo ambas partes.

Dentro de la función de arbitraje, se atribuye a la Comisión la de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a efectos del pago bajo reserva o consignación, cuando lo solicite una asociación de usuarios o una entidad de radiodifusión.

En este caso, es una fijación cautelar, que no resuelve el fondo del asunto, puesto que la Comisión no establece la tarifa, aunque ello ha tenido, a pesar de todo, una gran resistencia, motivada, en el caso de las entidades de gestión, al miedo a una intervención de la Administración, por medio de la Comisión, en la fijación de las tarifas.

En cambio esta función de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales debiera ser muy bien valorada por los usuarios, porque la configuración legal ha hecho de la fijación de cantidades sustitutorias no una función autónoma sino un simple incidente del arbitraje, haciendo de ella en cierto modo un estímulo de éste, reforzándose a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, las nuevas obligaciones de las entidades de gestión al ampliar la competencia de la Sección Primera de la Comisión a la función de determinación de tarifas y reforzar su función de control para velar por que las tarifas generales establecidas por éstas sean equitativas y no discriminatorias.

En el Real Decreto citado de 2011 se especifica que la solicitud de arbitraje se interpone por la parte demandante o, en su caso, por ambas partes conjuntamente invocando un convenio o cláusula arbitral en los términos definidos en la Ley de Arbitraje, en virtud del cual las partes se han comprometido a someter la controversia al arbitraje de la Comisión de Propiedad Intelectual, o en defecto de convenio o cláusula arbitral, instando a que se dé traslado de su solicitud de arbitraje a la otra parte, para que manifieste si desea someterse al arbitraje requerido.

Dicha solicitud de arbitraje contendrá, al menos, el nombre completo, dirección y demás datos relevantes para la identificación y contacto de la parte o partes demandantes y de la parte o partes demandadas y en particular, deberá indicar las direcciones a las que deberán dirigirse las comunicaciones a todas esas partes; la descripción del objeto de la controversia; las pretensiones que se formulan, con expresión, de ser posible, de su cuantía; el acto, contrato o negocio jurídico del que derive la controversia o con el que ésta guarde relación y el convenio o cláusula arbitral que, en su caso, se invoca.

A continuación en cuanto al procedimiento se especifica que a la solicitud de arbitraje deberán acompañarse, al menos, copia del convenio arbitral o cláusula arbitral si existiera; copia de los contratos, en su caso, de que traiga causa la controversia; escrito que acredite la representación, cuando la parte no actúe por sí misma, siendo posible el otorgamiento de representación ante los servicios administrativos correspondientes; constancia del pago de la provisión de fondos para los gastos de administración del procedimiento por la Comisión de Propiedad Intelectual y los honorarios de los árbitros, señalándose que cuando la solicitud sea de una asociación de usuarios u otra entidad de naturaleza asociativa que legalmente pueda acogerse al procedimiento de arbitraje, deberá acompañarse de una certificación en la que se comprenda el nombre y apellidos o razón social de los miembros de dicha asociación, así como el acuerdo y mandato de representación adoptado, en relación con el arbitraje, por su órgano de gobierno.

Una vez recibida la solicitud de arbitraje con todos sus documentos y subsanados, en su caso, los defectos de que adoleciera, se remitirá sin dilación al demandado o demandados una copia de la solicitud, que deberá responder a la solicitud de arbitraje en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, con la mención del nombre completo del demandado, su dirección y demás datos relevantes para su identificación y contacto, designando la persona y dirección a la que deberán dirigirse las comunicaciones que deban hacerse durante el arbitraje; sus comentarios sobre la descripción de la controversia efectuada por el demandante; la posición sobre las pretensiones del demandante y si se opusiera al arbitraje, su posición sobre la existencia, validez o aplicabilidad del convenio o cláusula arbitral.

A la respuesta a la solicitud de arbitraje deberán acompañarse, al menos, un escrito que acredite la representación, cuando la parte no actúe por sí misma, siendo también posible el otorgamiento de representación ante los servicios administrativos correspondientes y en caso de aceptación del arbitraje, constancia del pago de la provisión de fondos para los gastos de administración del procedimiento por la Comisión de Propiedad Intelectual y los honorarios de los árbitros.

Recibida la respuesta a la solicitud de arbitraje con todos sus documentos, se remitirá una copia al demandante, decidiendo sobre la admisión de la solicitud de arbitraje, o sobre la acumulación de la solicitud a otros procedimientos que se estén sustanciando y, de manera motivada, sobre la prevalencia de un procedimiento respecto a otro, con facultades para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del convenio o cláusula arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje, en el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual y en el Real Decreto de 2011, ajustándose, en todo caso, el procedimiento a los principios de legalidad, voluntariedad, audiencia, confidencialidad, contradicción, imparcialidad e igualdad entre las partes, sin que la inasistencia o inactividad de cualquiera de ellas impida el desarrollo del procedimiento ni que se dicte el laudo, ni privará a éste de su eficacia.

La Comisión decidirá de oficio o a instancia de las partes sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas por las partes, sobre su práctica y su valoración, así como sobre la práctica de pruebas complementarias, cuando lo considerasen necesario para la formación de su criterio, siendo satisfechos los gastos de la práctica de la prueba satisfechos por la parte que la hubiera solicitado, o por ambas partes si así lo aceptan o a prorrata cuando haya sido propuesta por los miembros de la Sección salvo que las partes acepten que sean satisfechos por una de ellas,

pudiendo convocar las reuniones que estime precisas con la finalidad de promover un acuerdo entre las partes que permita la solución del conflicto.

Cuando se considere que las cuestiones han sido suficientemente debatidas y siempre que no se haya alcanzado un acuerdo entre las partes en los términos previstos antes, se convocará una audiencia para que las partes formulen sus posiciones definitivas, terminando el procedimiento, salvo acuerdo previo de las partes, mediante uno o varios laudos escritos y motivados que resolverán todas las cuestiones planteadas, con pronunciamiento en el laudo final sobre las costas del arbitraje, definidas en los términos de la Ley de Arbitraje.

Cualquier condena en costas deberá ser motivada y, salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, como regla general, deberá reflejar el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, a no ser que, atendidas las circunstancias del caso, se estime inapropiada la aplicación de este principio general, teniendo los laudos adoptados carácter vinculante y serán ejecutables e impugnables conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje, debiendo dictarse, salvo acuerdo en contrario de las partes, en el plazo máximo de seis meses desde que el demandado presente la respuesta a la solicitud de arbitraje, prorrogables por un máximo de dos meses si las partes no se oponen.

No obstante lo anterior, si en el transcurso del procedimiento arbitral las partes alcanzasen un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, a la controversia, lo formalizarán por escrito y lo comunicarán a fin de que se den por terminadas las actuaciones respecto de los puntos acordados y se dicte laudo en los términos convenidos salvo que se aprecien motivos para oponerse o las partes renuncien a que se dicte el mismo.

En cuanto al procedimiento de arbitraje para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, cuando una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, una asociación de usuarios, o una entidad de radiodifusión, haga uso de la facultad prevista en la Ley de Propiedad Intelectual, al objeto de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por una entidad de gestión, la solicitud de arbitraje podrá ser formulada por la entidad de gestión, la asociación de usuarios o la entidad de radiodifusión, y, además de los requisitos y documentos antes vistos con carácter general, y el correspondiente modelo oficial, tendrá que fijar, como objeto de la misma, una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión; exponer las razones que justifican la solicitud de sustitución de la cantidad establecida por la entidad de gestión; proponer una cantidad sustitutoria determinada o determinable básicamente mediante una operación aritmética; incluir, en defecto de convenio arbitral, el expreso sometimiento a la competencia de la Comisión en la Ley de Propiedad Intelectual, para dar solución al conflicto.

La inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá el desarrollo del procedimiento, ni que se adopte la decisión arbitral resolutoria del conflicto, ni privará a ésta de su eficacia y la presentación de una solicitud de fijación de cantidad sustitutoria de las tarifas generales no exime a los empresarios individuales o sociales representados por la asociación de usuarios o a la entidad de radiodifusión, de la obligación de hacer efectiva bajo reserva o consignar judicialmente la cantidad establecida por la entidad de gestión conforme a la Ley de Propiedad Intelectual, o la cantidad que cautelarmente pueda establecer a instancia de parte la Sección, para entenderse autorizados a ejercer el derecho de propiedad intelectual al que hacen referencia las tarifas generales objeto de la controversia, siendo, por supuesto, la decisión arbitral resolutoria del conflicto escrita y motivada, basándose en los criterios mencionados en la Ley de Propiedad Intelectual.

15. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Es fundamental hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la Ley de 2003 son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido empresarial español, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudarlo. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje de 2003 ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustituto de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En la Ley de 2011 no se ha llevado a cabo desde luego una modificación radical o un cambio drástico en el sistema del arbitraje que estaba vigente desde 2003 pero, desde luego, se han llevado a cabo la introducción de importantes novedades cuyo objeto último es reforzar e impulsar el arbitraje en España, para que el país sea una sede atractiva para la tramitación de arbitrajes internacionales. En definitiva, creo que esta nueva Ley contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

