

Libro Blanco
sobre
Mecanismos Extrajudiciales
de Solución de Conflictos
en España

Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales *Off-Line* y *On-Line*
de Solución de Conflictos para Entornos de Comercio Electrónico
Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la Industria

DICIEMBRE 2002



AENOR Asociación Española de
Normalización y Certificación



Libro Blanco

sobre

Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España

Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales *Off-Line* y *On-Line*
de Solución de Conflictos para Entornos de Comercio Electrónico
Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la Industria

DICIEMBRE 2002

i+Confianza es un proyecto promovido por:

Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED)
Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ)
Fundació Catalana per a la Recerca (FCR)
Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR)

Coordinador científico:

Eduardo Paz Lloveras
Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital



© AENOR, 2002
Génova, 6. 28004 Madrid

Depósito Legal: M-50681-2002
Impreso en España - Printed in Spain

Todos los derechos reservados.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	9
Estructura y alcance del documento	10
CAPÍTULO I. TAXONOMÍA DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MESC) Y SUS SISTEMAS HÍBRIDOS	13
1.1 Los sistemas básicos o clásicos de solución de conflictos	13
1.1.1 La conciliación clásica	16
1.1.2 La mediación clásica	16
1.1.3 El arbitraje clásico	18
1.1.3.1 Clasificación del arbitraje	19
1.2 Los sistemas híbridos de solución de disputas	23
CAPÍTULO II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS GENERALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LA MEDIACIÓN	31
2.1 Ventajas del arbitraje	31
2.2 Desventajas del arbitraje	35
2.3 Ventajas de la mediación	37
2.4 Desventajas de la mediación	38
CAPÍTULO III. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO COMPARADO DE LA UNIÓN EUROPEA	39
3.1 El arbitraje en la legislación de los países de la Unión Europea	39
3.1.1 El arbitraje en Alemania	40

3.1.2	El arbitraje en Austria	43
3.1.3	El arbitraje en Bélgica	45
3.1.4	El arbitraje en Dinamarca	47
3.1.5	El arbitraje en España	49
3.1.6	El arbitraje en Finlandia	49
3.1.7	El arbitraje en Francia	51
3.1.8	El arbitraje en el Reino Unido	53
3.1.8	El arbitraje en Grecia	56
3.1.9	El arbitraje en los Países Bajos	58
3.1.10	El arbitraje en Irlanda	60
3.1.11	El arbitraje en Italia	62
3.1.12	El arbitraje en Luxemburgo	64
3.1.13	El arbitraje en Portugal	66
3.1.14	El arbitraje en Suecia	68
3.2	El arbitraje y la Unión Europea	69
 CAPÍTULO IV. ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS MESC EN ESPAÑA		73
4.1	El arbitraje común	74
4.2.	Los arbitrajes específicos	77
4.2.1	Arbitrajes específicos recogidos en la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje	77
4.2.2	Otros arbitrajes específicos no recogidos en la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje	84
4.3	Especial referencia a los arbitrajes internacionales	91
 CAPÍTULO V. CONCLUSIONES ESTRATÉGICAS Y PROPUESTAS DE DEBATE		93

AGRADECIMIENTOS

Los integrantes del **Proyecto i+ Confianza** quisiéramos manifestar nuestro agradecimiento a todas aquellas personas, empresas e instituciones que han mostrado su disposición total en las diferentes fases de la elaboración de este documento.

Particularmente, al Excmo. Sr. D. Francisco Javier Hernández Puértolas, a D. Francisco Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo y a D. Miguel Ángel Aragüés Estagués, todos del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, por su activa participación en la investigación sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos en España. Asimismo, queremos hacer extensivo nuestro agradecimiento a los abogados Alberto Fortún Costea (del despacho Cuatrecasas SRL) y Mariana Alvarado (de Alvarado Velloso y Asociados) por sus opiniones y contribuciones sobre algunos puntos de significativa importancia en este trabajo.

También queremos agradecer al Ministerio de Ciencia y Tecnología el apoyo brindado a través del Programa de Fomento de la Investigación Técnica (PROFIT).

EDUARDO PAZ LLOVERAS

INTRODUCCIÓN

La incorporación progresiva de nuevas tecnologías de la información y comunicaciones, tanto en las grandes y pequeñas empresas como en los hogares, ha iniciado una nueva etapa en la historia de las actividades mercantiles, caracterizada por el desarrollo de los negocios electrónicos y el comercio electrónico.

Si bien todo indica que estas nuevas tecnologías han facilitado el incremento cuantitativo de relaciones comerciales y han maximizado la eficiencia en las transacciones, aún no han logrado minimizar ciertos riesgos derivados de las mismas, particularmente, el surgimiento de problemas y conflictos entre las partes contratantes. Por otro lado, ha surgido la necesidad de revisar los sistemas empleados para resolver dichos conflictos, porque la estructura tradicional de solución de controversias mercantiles a través de medios judiciales es poco apropiada para los problemas surgidos en transacciones de comercio electrónico internacionales, transacciones donde están en juego los derechos de los consumidores o usuarios, así como en aquellos conflictos generados por fallos o errores en los propios sistemas tecnológicos utilizados.

Desde tiempos remotos las sociedades de todo el mundo han utilizado métodos alternativos para dirimir sus conflictos. El arbitraje fue la primera forma de obtener justicia y de resolver las cuestiones o diferencias surgidas entre partes opuestas sin recurrir a la violencia, configurándose como el precedente de la implantación de organismos judiciales permanentes.

En los últimos años se ha constatado un incremento del uso del arbitraje para resolver disputas mercantiles, así como una proliferación de modelos híbridos de otros mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos (MESC). Los MESC no son un sustituto del sistema judicial y la mayoría de los sistemas o métodos que se engloban bajo este acrónimo ni siquiera son equivalentes jurisdiccionales o formas de evitar los tribunales. Pero son sistemas eficaces, y como los medios materiales de la administración de justicia son limitados la sociedad civil los asume y los acepta con creciente interés.

Podemos observar cómo las administraciones públicas y organizaciones internacionales se están comprometiendo cada vez más en el apoyo técnico, político y financiero para la implementación de estos sistemas en entornos autoregulados.

Como se podrá observar a partir de este trabajo, existe una variedad muy rica de procedimientos que pueden ampararse bajo el paraguas de los denominados “MESC”. El término MESC describe cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico).

En muchos países se está materializando la integración de los MESC en los procedimientos judiciales permitiendo, de esta forma, que algunos conflictos (familia, trabajo, y otras disputas civiles) sean resueltos obligatoriamente por medio de estos sistemas.

ESTRUCTURA Y ALCANCE DEL DOCUMENTO

Este documento no es otra cosa que una propuesta de debate. El momento de su publicación es realmente oportuno, porque existe un interés concreto desde los Poderes Ejecutivo y Judicial en reformar la actual Ley de Arbitraje de 1988 (LA)¹ que, a la sazón, cuenta con el apoyo explícito del denominado *Pacto de Estado por la Justicia*. Asimismo, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE)² ha de ser reglamentada y es muy probable que el capítulo dedicado a la solución de conflictos sea un tema que traiga consigo una interesante discusión.

Con este material, surgido de una meticulosa investigación, pretendemos poner en marcha un proceso de discusión y diálogo que lleve a concretar los objetivos principales del Proyecto i+Confianza. El libro blanco es, antes que un resultado concreto, un proceso. Un documento con vocación expresa de ser abierto y participativo que, combinado con el rigor profesional, la participación pública, la formulación de propuestas realizables, invita a ser debatido y consensuado por los diferentes actores e instituciones para dar un nuevo impulso al sector. En muchos casos es manifiestamente provocativo y busca movilizar, incluso, opiniones absolutamente encontradas, o revertir situaciones que parecen universalmente válidas o definitivas.

¹ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE, núm. 293, de 7 de diciembre de 1988; corrección de errores, BOE, núm. 185, de 4 de agosto de 1989).

² Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Aprobada por el Congreso el 27 de junio de 2002 y publicada en el BOE de 12 de julio de 2002.

Es un documento donde se describe:

- La situación
- Los problemas
- Los retos
- Las alternativas

El Proyecto i+Confianza ha optado por organizar este documento en cinco grandes partes diferenciadas:

- **Capítulo I: Taxonomía de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.** En esta sección se describe la taxonomía de estos sistemas mediante una sistematización de naturaleza técnica y expositiva; refleja el estado del arte respecto a la situación actual de los sistemas básicos o primarios, y los sistemas híbridos de resolución extrajudicial o alternativa de disputas. Es una recopilación y exposición de sistemas no exhaustivo debido a la pluralidad y dinamismo del sector. Se incluyen sistemas que son utilizados con mucha frecuencia en Estados Unidos y que, con modificaciones o adaptaciones, podrían ser aplicados en España.
- **Capítulo II: Ventajas y desventajas del arbitraje y de la mediación.** Esta parte tiene como objetivo describir las ventajas y desventajas de los dos sistemas extrajudiciales de solución de conflictos más importantes, es decir, el arbitraje y la mediación. Esta descripción ofrece los marcos de referencia en los que se inscriben las situaciones y problemas, y permite conocer sus condicionantes de fondo.
- **Capítulo III: El arbitraje en el derecho comparado de la Unión Europea.** En esta sección se analiza la forma en que los distintos países acogen estos tipos de sistemas, sus características más relevantes, la arbitrabilidad en cuestiones relacionadas con el comercio electrónico, las actividades probatorias y las cuestiones relacionadas con la ejecución de los laudos arbitrales y la jurisdicción.
- **Capítulo IV: Estado de Situación de los MESC en España.** En este capítulo se describen los sistemas arbitrales en España: arbitraje común, arbitraje de transportes, arbitraje de consumo, arbitraje de seguros, arbitraje administrativo, arbitraje en servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.
- **Capítulo V: Conclusiones Estratégicas y Propuestas de Debate.** Por último, se desarrolla un conjunto de propuestas para el debate sobre potenciales reformas en el sector. Propuestas de debate sobre armonización o estandarización en materia procesal para permitir la generalización del uso de nuevas tecnologías en los MESC (méto-

dos heterocompositivos más apropiados para los negocios electrónicos; el convenio arbitral electrónico; arbitraje electrónico en materia de consumo; confidencialidad, privacidad y seguridad en los MESC; armonización de tecnologías, sistemas presenciales y sistemas de videoconferencia en las audiencias; transparencia en la información de los proveedores de servicios; cualificación y responsabilidad mínima de los terceros neutrales; protocolización del laudo arbitral; etc.). Propuestas para la implementación de políticas para favorecer la adopción de los MESC por parte de las PYME españolas en transacciones entre empresas (*Business to Business* o B2B); y otras.

Este trabajo pretende proporcionar un soporte material para el estudio y el debate del estado del sector. Los principales destinatarios de este documento son los usuarios finales de los sistemas extrajudiciales, los centros de mediación y arbitraje, los creadores de políticas, los medios de comunicación, y por supuesto, los proveedores y usuarios de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, con vistas a fomentar un foro de debate público a partir de las sugerencias y propuestas contenidas en este libro.

Se ha pretendido mantener un tono general divulgativo, que permita una mayor difusión y participación pública de los no especialistas, sin renunciar por ello al rigor técnico, ni ocultar la complejidad que existe en algunos aspectos así como la dificultad de encontrar algunas soluciones.

Resta decir que, por su propia naturaleza, este es un libro abierto, una base de diálogo permanente sobre el sector y sus problemas que permite integrar las contribuciones formuladas desde muy distintas perspectivas. Una vez debatido y perfeccionado, este trabajo podría convertirse en un documento con directrices concretas para el impulso del sector.

1

CAPÍTULO I

TAXONOMÍA DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MESC) Y SUS SISTEMAS HÍBRIDOS

Podría decirse que una de las tendencias más importantes que se observa en el campo de los MESC, particularmente en Estados Unidos e Inglaterra, es el desarrollo de sistemas heterocompositivos híbridos. Éstos toman elementos específicos de los procedimientos básicos y combinándolos crean unos nuevos, de tal forma que el nuevo procedimiento se ajusta al máximo a las necesidades de los usuarios.

Como consecuencia de la variedad de modelos de MESC en todo el mundo, éstos se pueden diferenciar y clasificar de acuerdo a distintos criterios. Hemos optado por emplear el criterio de la antigüedad, por la implicación de los terceros neutrales, y por los efectos de la decisión final. Los hemos clasificado en dos grandes grupos:

- *Procedimientos Básicos o Clásicos.* Desarrollados y empleados durante décadas en un amplio grupo de países en todo el mundo. Dichos procedimientos son: la conciliación, la mediación, y el arbitraje.
- *Procedimientos Híbridos.* Variados y crecientes, enmarcados en un entorno dinámico, que favorece el desarrollo y especialización de los mismos en función de las necesidades de los usuarios finales o sectores. Son propios de países muy desarrollados, especialmente Estados Unidos.

1.1 LOS SISTEMAS BÁSICOS O CLÁSICOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Actualmente podemos encontrar en Internet versiones *on-line* perfectamente desarrolladas de todos estos sistemas clásicos de solución de conflictos. La forma de iniciación del proceso es común en todos los sistemas y se resume en la cumplimentación y posterior envío de un formulario *on-line* confidencial, con los datos necesarios para la identificación de esta parte y de la parte contraria, indicando la naturaleza de la disputa y el resultado deseado o

Taxonomía de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos			
NEGOCIACIÓN NO ASISTIDA	NEGOCIACIÓN ASISTIDA (SIN OPINIÓN CONSULTIVA)	NEGOCIACIÓN ASISTIDA (CON OPINIÓN CONSULTIVA)	NEGOCIACIÓN ASISTIDA (CON OPINIÓN VINCULANTE)
Negociación clásica	Negociación con juez (<i>judge hosted</i>)	<i>Med-arb</i>	Arbitraje clásico
<i>Minitrial</i>	Negociación reguladora (<i>reg-neg</i>)	Evaluación neutral inicial	Arbitraje de oferta final (<i>baseball arbitration</i>)
Procedimiento doble	Conciliación clásica	Evaluación inicial por experto	<i>Fact finding binding</i>
		Asesoría de investigación (<i>fact finding advisory</i>)	Juez privado (<i>rent-a-judge</i>)
⇒ La implicación del tercero neutral aumenta en esta dirección ⇒			

pretendido. El proveedor establece contacto con la contraparte y la invita a participar en el tipo de solución de que se trate (mediación, arbitraje, etc.). Si acepta, las partes se involucrarán en el procedimiento correspondiente elegido (generalmente, previo acuerdo de las reglas y/o procedimientos que guiarán el trámite) y procurarán (con o sin la asistencia del tercero neutral) la resolución de su conflicto de una forma rápida, no formal y con un coste más bajo que los procesos judiciales.

Asimismo, se están desarrollando tecnologías muy específicas para este sector. Por ejemplo, E-Arbitration-T, una nueva plataforma *on-line* para centros de mediación y arbitraje cuyo principal objetivo es dotar a estos de tecnologías de última generación como redes inteligentes, sistemas de gestión, integración de servicios y servicio de formación para su desarrollo y explotación comercial. E-Arbitration-T³ es una nueva iniciativa patrocinada por la Comisión Europea.

La plataforma E-Arbitration-T es un sistema que garantiza seguridad y confidencialidad en todas las etapas de la resolución de conflictos. Esto se ha conseguido mediante el uso de sistemas multimedia (texto interactivo, videoconferencia, etc.), que permiten a todos los miembros de la cadena de resolución de conflictos *on-line* (actores, demandados, árbitros, traductores, expertos, etc.), mantener un contacto directo entre sí y con ello mejorar las relaciones entre las empresas.

³ E-Arbitration-T: *Solución Extrajudicial de Disputas para PYME*, <http://www.e-arbitration-t.com> y <http://www.cordis.lu/ist/projects.htm>

La plataforma E-Arbitration-T es una innovación tecnológica cuyo principal objetivo es dotar a los centros y tribunales de mediación o arbitraje de un conjunto de aplicaciones integradas y que permite a los usuarios controlar todos los procedimientos y procesos legales a través de un completo conjunto de herramientas de gestión. A diferencia de otros sistemas que sólo reconocen entidades legales, esta plataforma reconoce personas individuales así como las compañías y organizaciones a las que representan. El sistema proporcionará asistencia inmediata, inteligente y personalizada a todas las partes implicadas en un conflicto. Así mismo simplificará y mejorará el flujo del proceso de negociación, mediación y arbitraje.

En términos generales, la plataforma E-Arbitration-T brindará apoyo electrónico para:

- (i) Automatización flexible de mecanismos alternativos para solución de conflictos (MESC):
 - Sistema inteligente de gestión de casos y orientación “paso a paso”.
 - Mapa del caso adaptado a las necesidades de la resolución en curso.
- (ii) Gestión de documentos y pruebas:
 - Formularios *on-line* para la preparación de escritos y documentos del proceso.
 - Almacenaje y distribución de información seguros.
- (iii) Interacción en tiempo real (para todos los clientes y terceros neutrales):
 - Soporte para videoconferencia.
 - Transcripción segura del juicio.
 - Foros de discusión.
- (iv) Procedimientos de alta seguridad e integridad:
 - Firmas electrónicas y otras formas de autenticación electrónicas.
 - Pago *on-line* (depósitos garantizados, honorarios de arbitrajes, honorarios de administración, etc.).
- (v) Entorno multilingüe.

E-Arbitration-T es un proyecto europeo en el que participan Comercio Electrónico Global S.C. (España), Tiga Technologies (Francia), Departamento de Sistemas de Información y

Computación de la Universidad de Brunel (Inglaterra), Departamento de Ingeniería Informática y de las Telecomunicaciones de la Universidad de Catania (Italia), Cámara de Conciliación y Arbitraje de Catania (Italia), despacho Cuatrecasas Abogados SRL (España), Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (España).

1.1.1 La conciliación clásica

Es un proceso por el cual un tercero neutral se reúne separadamente con las partes en conflicto en un intento de establecer el mutuo entendimiento de las causas que han generado la disputa y promover un acuerdo de una forma amigable y no antagónica.

En la conciliación, el conciliador no tiene poder para administrar justicia, las partes no están obligadas a aceptar el acuerdo propuesto y la resolución no constituye título ejecutivo. Además el conciliador asume una actitud más pasiva dejando todo en manos de las partes, pues se limita a interesarse en si éstas han llegado a un acuerdo y facilitarles la ocasión de que lo hagan.

1.1.2 La mediación clásica

Se trata de un procedimiento voluntario, informal y confidencial por el cual una tercera parte neutral (una o más personas), con una formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que éstas lleguen a un acuerdo por sí mismas. Las partes buscan en ese experto a un guía que escuche a los interesados y les ayude a llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso.

Se suelen utilizar las sesiones privadas para hablar de información confidencial y de la estrategia negociadora, así como para proporcionar a los participantes la oportunidad de liberar sus emociones en una reunión privada. Las partes son las dueñas del proceso, lo que implica la no obligatoriedad de aceptar o acatar las intervenciones del mediador.

Es un procedimiento heterocompositivo de *bajo riesgo*, ya que las decisiones son no vinculantes, y cualquiera de las partes, incluso el mediador, puede retirarse del procedimiento en cualquier momento. Sin embargo, este hecho es muy poco probable, ya que todos ellos han intervenido en su desarrollo.

El mediador no tiene el poder de imponer una solución a las partes, pero sí de facilitar al máximo un acuerdo aceptable por ambas partes. Si las partes no están conformes con los acuerdos, pueden acudir al arbitraje o a los tribunales.

Es un procedimiento flexible e informal. No obstante se rige por reglas de procedimiento y conducta que han sido previamente aceptadas por todas las partes implicadas. El mediador no celebra audiencias para practicar pruebas, examinar testigos, etc. Tampoco existe una fase de alegaciones como en los procesos judiciales.

El mediador tiene una visión de ambas partes y adquiere un conocimiento de las mismas por medio de reuniones privadas con cada una de ellas, ayuda a ver el problema desde el punto de vista del oponente y está presente en las negociaciones cara a cara. El papel del mediador es fundamentalmente el de actuar con diplomacia, ya que debe conseguir de esta forma difuminar las hostilidades entre las partes y llegar a un común acuerdo.

Los mediadores suelen emplear una amplia gama de técnicas y estrategias para lograr resultados satisfactorios. Ayudan a las partes a comunicarse de una forma efectiva y a desarrollar una actitud cooperativa para la resolución del conflicto, identifican los intereses de las partes, transmiten mensajes entre las mismas, exploran las posibles opciones para un acuerdo y las consecuencias de la ruptura. Las partes pueden seleccionar el mediador. Normalmente, las asociaciones profesionales de mediadores, o los institutos o centros de mediación son los encargados de proporcionar a las partes una lista de mediadores.

La mediación no obstaculiza el ejercicio de los derechos que las partes pudieran tener derivados de su relación previa. Si se alcanza el acuerdo las partes o sus representantes redactan un borrador de convenio, incorporando los términos del acuerdo. Este documento circula entre las partes y el mediador y, si fuera necesario, puede rectificarse y ejecutarse formalmente.

La mediación puede finalizar:

- sin resolución del conflicto
- con aproximación a través de un acuerdo parcial, o
- con acuerdo total.

En cualquiera de los casos, el mediador es un testigo cualificado de los acuerdos o desacuerdos.

El proceso suele ser voluntario aunque está aumentando el número de contratos comerciales entre los que se incluye la cláusula de la mediación en el caso de conflictos. Es muy frecuente tanto en Europa como en Estados Unidos.

En Internet hay varios modelos de mediación *on-line* que gozan de gran aceptación. El más importante por el volumen de casos que gestiona es SquareTrade⁴. Durante el año 2002

⁴ <http://www.squaretrade.com>

intervino en más de 200 000 casos de mediación *on-line* relacionados con problemas de tipo B2C (*Business to Consumers*: relaciones entre la empresa y el consumidor o cliente final).

1.1.3 El arbitraje clásico

Se trata de un proceso de resolución de conflictos de naturaleza vinculante por el que uno o más árbitros, después de haber recabado información, escuchado a todas las partes y practicado las diligencias probatorias pertinentes, emiten una decisión conocida con el nombre de laudo que tiene un valor idéntico al de una sentencia dictada por un tribunal.

Cualquier materia puede ser objeto de arbitraje, salvo aquellas cuestiones sobre las que haya recaído sentencia firme y definitiva y aquellas en las que debe intervenir el Ministerio Fiscal. En este último caso se refiere a asuntos en los que este Ministerio deba salir en defensa y representación de quienes no pueden actuar por sí mismos, bien por ser incapaces o por no tener representación legal, así como en los casos de materia penal. Las disputas pueden referirse tanto a personas físicas como jurídicas.

El arbitraje se plantea dentro de un régimen de autonomía de la voluntad, en el que todas las cuestiones son en principio arbitrables, salvo las excepciones que recojan las legislaciones internas o los tratados internacionales.

El laudo es la decisión de los árbitros que pone fin al litigio, resolviendo definitivamente el asunto que las partes han encomendado. Es, según la terminología del Tribunal Constitucional español, *un equivalente jurisdiccional*⁵. Esto significa que tiene valor de cosa juzgada de la misma forma que las sentencias de los tribunales ordinarios, siendo las decisiones del mismo irrevisables, no pudiendo las partes volver a plantearlas ante ningún otro tribunal, ni judicial ni arbitral. Adquieren la firmeza de un acto jurisdiccional, con eficacia para las partes que pueden solicitar su cumplimiento forzado y para los jueces, que carecen de potestad para revisar el contenido de un laudo.

Los laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros también pueden ser ejecutados por el procedimiento previsto para la ejecución de sentencias extranjeras, debido al consentimiento por la mayoría de las naciones más adelantadas a la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 12 de marzo: “el arbitraje debe reputarse como un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.

1.1.3.1 CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE

A un arbitraje se puede llegar a través de tres vías: por establecerlo la ley; por existir una cláusula compromisoria o sumisoria que obliga al arbitraje, ya sea directamente o con posterioridad a una mediación frustrada o no cumplida; o por acordarlo posteriormente al conflicto. Debido a la variedad de vías y circunstancias, se podría clasificar el arbitraje según distintos criterios.

Según su administración

- *Arbitraje ad hoc, libre o independiente*

En un arbitraje *ad hoc*, las partes que han decidido someterse a arbitraje, administran el procedimiento en su totalidad. Por ejemplo, acuerdan cómo se van a nombrar a los árbitros, cómo se pagarán los honorarios de los árbitros, el lugar de celebración de las audiencias, etc. Es decir, es aquel arbitraje regulado por las partes, sin intervención de una institución arbitral sujeta a reglamento.

El arbitraje *ad hoc* es recomendable en ocasiones y bajo circunstancias muy especiales, ya que se requiere una asesoría especializada o un árbitro con amplia experiencia para no entorpecer el procedimiento. Como desventajas más importantes se podría señalar el riesgo de que las partes incurran en errores al elaborar las reglas que habrán de regir el procedimiento arbitral pudiendo, de esta manera, entorpecer o abortar el procedimiento arbitral.

- *Arbitraje institucional*

Un arbitraje es de tipo institucional cuando las partes convienen, en el momento de redactar la cláusula, en resolver sus conflictos ante instituciones especializadas que organizan y administran el proceso. En este tipo de arbitraje, todo lo concerniente al procedimiento, como la constitución del tribunal, la recusación, los árbitros, así como el procedimiento aplicable, los honorarios de árbitros y los gastos administrativos, está establecido en el reglamento de arbitraje del respectivo centro.

Para facilitar el arbitraje, la Ley de Arbitraje (LA) permite que las partes puedan encomendar la administración del mismo y la designación de árbitros a corporaciones de derecho público y a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro que puedan desempeñar funciones arbitrales con rapidez, flexibilidad y eficacia, según establecen sus propios reglamentos reguladores, no teniendo que preocuparse las partes del procedimiento arbitral.

En este tipo de arbitraje el proveedor de los servicios es una institución de carácter permanente, por ejemplo los tribunales arbitrales que se encuentran en las cámaras de comercio, u organismos tanto nacionales como Internacionales. Entre las instituciones más prestigiosas, podríamos mencionar la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la corte de arbitraje de Londres, y la corte de arbitraje española, que depende del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio.

Según su origen

- *Arbitraje voluntario*

Es el que se produce como consecuencia de la voluntad de las partes con el consentimiento de los interesados para su solución final.

- *Arbitraje forzoso o legal*

El arbitraje forzoso es impuesto por una disposición legal o por el sometimiento a un pacto entre las partes antes de ocurrir el conflicto. En el primer caso, no es la voluntad de las partes, sino una disposición legal que lo establece como forzoso, siendo el legislador quien decide la sujeción del caso a arbitraje.

Según su modalidad

- *Arbitraje de derecho*

Los árbitros que desempeñan dicha función juzgan conforme a derecho, adecuando el laudo y el procedimiento al derecho sustantivo. Los árbitros de derecho de *iuris* actúan sobre la base de formas legales y deciden las cuestiones según el derecho positivo, de forma similar a como lo haría un magistrado judicial. El laudo debe estar fundamentado en derecho.

En este caso no pueden formar parte del arbitraje ni abogados que tengan que ver con las partes en conflicto, ni Jueces ni Magistrados ni Fiscales en activo ni personas que ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel.

- *Arbitraje de equidad*

Los árbitros pueden obrar según su leal saber y entender, sin someterse a ninguna forma legal. Se respetan las decisiones de los árbitros sin exigencias en la interpretación rigorista y sin corregir sus posibles deficiencias u omisiones. La ley española de

1988 apostó por el arbitraje de equidad frente al de derecho, ya que se otorga a los árbitros mayor poder, pues no se somete su criterio a una ley positiva.

Según el ámbito territorial

- *Arbitraje nacional*

Es aquel procedimiento que resuelve conflictos entre partes establecidas en el mismo territorio.

- *Arbitraje internacional*

Este tipo de arbitraje se caracteriza porque las partes que celebran el acuerdo tienen domicilios en estados diferentes. El lugar o sede del arbitraje está fuera del estado en el que las partes tienen su domicilio o el lugar de cumplimiento de una parte está situado fuera del estado en el que sus partes han fijado sus domicilios.

Según derecho

- Arbitraje de derecho público

Se produce cuando intervienen intereses públicos y nacionales en conflicto. A diferencia del arbitraje privado, en lo referente al laudo, su cumplimiento depende de la voluntad de cada uno de los estados, pues el principio de inmunidad de jurisdicción respecto de los estados soberanos impide que se adelante una ejecución forzosa del laudo correspondiente.

- *Arbitraje de derecho privado*

Se refiere a conflictos planteados sobre normas de derecho civil o mercantil. Para tener fuerza legal debe cumplir una serie de requisitos. Por ejemplo, la cláusula compromisoria de arbitraje privado debe hacer referencia al contrato, determinar el método a seguir, nombrar a quien va a administrar el arbitraje y el reglamento de arbitraje a aplicar, etc.

Según el ámbito de aplicación

- *Arbitraje entre empresas*

Se trata del arbitraje tradicional de naturaleza mercantil donde las partes en conflicto son empresas. Los anglosajones lo denominan *Business to Business* (negocios entre empresas o B2B).

- *Arbitraje de consumo o entre empresa y consumidor final*

Es el arbitraje que tiene por objeto la resolución de un conflicto en el cual está involucrado un consumidor o usuario. En España, la garantía de defensa y protección de los consumidores y usuarios, así como su seguridad, salud y sus legítimos intereses es un derecho constitucional y goza de un régimen legislativo especial. Actualmente, el arbitraje de consumo es de monopolio estatal a través del denominado sistema arbitral de consumo. Es voluntario y gratuito para las partes.

Según el medio o tecnología que utiliza

- *Arbitraje tradicional o arbitraje off-line*

Cuando no se utiliza Internet ni otras plataformas digitales específicas en el procedimiento, o cuando éstas se utilizan sólo en partes del mismo. Es decir, cuando el proceso se lleva a cabo mediante sistemas tradicionales: presentación, intercambio y archivo de documentos en papel. Comunicaciones o notificaciones mediante correo postal tradicional, teléfono, fax, etc. En cuanto a la forma de llevarse a cabo las audiencias, en este tipo de sistemas prevalecen las presenciales.

- *Arbitraje on-line*

Cuando todas las etapas del procedimiento arbitral se desarrollan a través de Internet o de otras plataformas digitales especiales o similares.

Según las obligaciones resultantes del laudo

- *Arbitraje vinculante*

Las partes deben someterse al laudo surgido del arbitraje. No tienen derecho a recurrir a las instancias jurisdiccionales u extrajurisdiccionales para que conozcan de nuevo sobre el fondo del asunto. Y podrá obtenerse su ejecución forzosa, ante el juez de primera instancia del lugar en donde se haya dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes.

- *Arbitraje no vinculante*

Las partes no se someten obligatoriamente al resultado del arbitraje.

1.2 LOS SISTEMAS HÍBRIDOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS

La relación de mecanismos de resolución de conflictos que se describen a continuación no es exhaustiva debido a la dinámica del sector. En general, son sistemas que se utilizan particularmente en Estados Unidos. Estos podrían dividirse en cuatro grandes grupos en función de la mayor o menor incidencia en la decisión del tercero neutral o tercera parte en el conflicto: (i) Negociación no asistida (sin el concurso de una tercera parte ajena al conflicto), (ii) Negociación asistida (sin opinión consultiva), (iii) Negociación asistida (con opinión consultiva) y (iv) Negociación asistida con opinión vinculante.

Negociación no asistida (sin el concurso de una tercera parte ajena al conflicto)

- **La negociación clásica**

Es un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos por medio del cual las partes llegan voluntariamente a un acuerdo sin la intervención de un tercero neutral. Comparado con los procesos que implican a terceros, generalmente, la negociación permite a las partes en conflicto mantener el control del proceso y su solución.

El proceso puede definirse como voluntario, informal, no estructurado, que funciona sin el auxilio de un tercero neutral. Las partes en conflicto pueden estar o no representadas por abogados, aunque en el caso de que éstas decidan representarse a sí mismas, suelen plantearse problemas sobre la alta implicación personal, surgiendo en ocasiones problemas de comunicación. El proceso finaliza con un acuerdo voluntario.

La aplicación de tecnologías de la información y las comunicaciones en este sector ha generado una nueva modalidad de negociación clásica, que es la denominada “negociación automatizada”. Funciona de la siguiente manera: las partes se registran con el proveedor del servicio y acuerdan previamente que su conflicto se solucionará si las ofertas y demandas se encuentran dentro de determinado rango monetario. Para ello, cada una y por su parte, formula sus ofertas y/o demandas a ciegas. Esto significa que la parte contraria no conoce los valores propuestos. El software provisto por el proveedor de servicios (no participa ninguna persona como tercero neutral) se encarga de comparar automáticamente las sumas y dividir mecánicamente la diferencia en los casos en que así corresponde.

Ejemplos de proveedores de servicios de negociación automatizada son ClicknSettle⁶, o Cybersettle⁷. La principal ventaja que ofrece este tipo de solución de disputas es que en caso de no lograrse acuerdo (porque después de una serie de rondas las ofertas y

⁶ <http://www.clicknsettle.com>

⁷ <http://www.cybersettle.com>

demandas de las partes nunca se encuentren) no disminuye la capacidad de negociación puesto que los montos por los cuales los participantes estaban dispuestos a llegar a un acuerdo no han sido nunca revelados a la parte contraria y pueden, entonces, continuar en la misma situación que antes, procurando la solución del conflicto por otras vías. Este tipo de negociación es muy utilizado en caso de disputas relacionadas con reclamación de seguros.

- **El *minitrial***

Es un procedimiento abreviado, flexible, no vinculante, en el cual cada una de las partes presenta el caso a un panel o grupo especial. Suele utilizarse en asuntos muy complejos, largos o de múltiples partes. El *minitrial* es un procedimiento más estructurado que una mediación y a menudo precisa una mayor preparación por ambas partes. Un *minitrial* no es un juicio, sino una técnica voluntaria y no vinculante. Es privado, confidencial e informal.

Cada parte hace una presentación sumaria del caso a un panel formado por una persona representante de cada parte y un tercero neutral. El tercero neutral preside el procedimiento y puede ser requerido por las partes para mediar en el mismo o a dar su opinión. Se produce un intercambio de información e intensivas negociaciones. El tercero interviene ordenando el procedimiento y actuación de cada una de las partes. El papel de las partes en conflicto se basa en observar, escuchar, preguntar y evaluar la información. La teoría en la que se basa es que el problema es fundamentalmente un problema de negocios, no un problema legal. Los miembros del panel tienen la autoridad para negociar y aprobar acuerdos.

Un *minitrial* tiene dos partes diferenciadas: (i) la primera es el intercambio de información y (ii) la segunda, las negociaciones intensivas entre las dos partes.

Las partes implicadas en el conflicto encuentran así su propia solución. Los representantes de cada una de las empresas implicadas en el conflicto saben bien que pueden llegar a acuerdos a los que no pueden optar en los tribunales. La solución que ellos elaboran puede ser más constructiva que la decisión “ganar todo o perder todo” que muchas veces ofrece un tribunal.

El procedimiento tiene una estructura flexible, no vinculante y confidencial. A la conclusión de las presentaciones, las partes se reúnen con o sin el neutral para intentar resolver el conflicto basándose en los datos presentados. De esta forma, ambas partes tienen el conocimiento de los puntos débiles y fuertes del oponente.

- **Procedimiento doble, paralelo o *two-track approach***

Esta propuesta es particularmente interesante en el caso de que no sea posible abandonar los tribunales, para no ser interpretado como una muestra de debilidad por una de las partes.

Se utiliza en forma conjunta o simultánea con la opción de los tribunales de justicia. Representantes de las partes, que no están implicados directamente en el procedimiento judicial, conducen negociaciones u otros procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos o algunas veces se lleva a cabo en momentos en los que hay un paréntesis en el conflicto. Es otro sistema muy utilizado particularmente en Estados Unidos.

Negociación asistida (sin opinión consultiva)

En este tipo de negociación, una tercera parte asiste al procedimiento, pero no da su opinión.

- **Negociación con juez o *judge-hosted* (conferencia de convenio o *settlement conference*)**

Se trata de una sesión de negociación ordenada o recomendada por un juez, usualmente antes de que se inicie un proceso judicial, aunque algunas veces, en un momento del procedimiento. En algunos casos se lleva a cabo por el mismo juez que va a conocer el conflicto; en otras ocasiones refiere el caso a un magistrado o un oficial de justicia. Las partes presentan el caso a un grupo especial o *panel*.

Durante la sesión de negociación, los representantes de ambas partes abrevian las versiones de sus casos. El juez u oficial de justicia evalúa los méritos de cada parte, comunica su opinión y predice cómo jugaría su papel un jurado. Algunos jueces o magistrados tratan de persuadir a las partes para que acepten sus recomendaciones; otros usan técnicas de mediación para llegar a un acuerdo.

- ***Reg-neg* (negociación reguladora o *regulatory negotiation*)**

Conocido también como *negotiated rulemaking*, o *regulatory negotiation*. Suele utilizarse en procedimientos muy complejos y largos, de gran importancia política o socioeconómica, o con varias partes, y sobre todo en Estados Unidos. Es una herramienta importante para la iniciación de trámites legislativos relacionados con sectores de actividad muy específicos.

La idea básica de la negociación regulada es que una agencia gubernamental aporta representantes de las partes implicadas para discusiones. Se intenta llegar a un consenso con el fin de redactar un texto de ley que evite futuros conflictos. Las agencias gubernamentales intentan negociar las leyes antes de promulgarlas. Las partes presentan el caso a un grupo especial o *panel*. Suele utilizarse en procedimientos muy complejos, largos o de múltiples partes.

Este procedimiento se emplea con éxito en instituciones gubernamentales, como la Agencia de Protección del Medio Ambiente (*Environmental Protection Agency*), la

Administración Federal de la Aviación (*Federal Aviation Administration*), la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*), la Administración para la Seguridad Laboral y la Salud (*The Occupational Safety and Health Administration*), el Departamento de Educación (*The Department of Education*) y el Departamento del Interior (*The Department of Interior*).

Negociación asistida (con opinión consultiva)

Se trata de procedimientos en los que el tercero neutral aporta una opinión no vinculante.

- *Med-arb*

Se trata de un proceso que presenta dos etapas. Bajo este procedimiento, las partes intentan resolver sus diferencias por medio de la mediación. No obstante, si la mediación falla, el asunto en litigio es automáticamente remitido a arbitraje.

El procedimiento utiliza los servicios de un tercero neutral en ambos casos. Durante la mediación para guiarles y durante el arbitraje para alcanzar a una decisión vinculante. La decisión final en este proceso combina todos los acuerdos a los que se han llegado en la mediación, con las decisiones alcanzadas por el tercero neutral en el arbitraje. De esta forma se ofrece a las partes lo mejor de ambos mundos; la oportunidad de tomar el control del conflicto y de diseñar sus propios acuerdos, con la seguridad de que si éstos no solucionan el conflicto, el árbitro lo hará por ellos.

Como en todas las mediaciones, el proceso se inicia con una reunión entre las partes y el mediador. Se les pide a las partes que adjunten sus propuestas y se mantienen con ellas unas reuniones privadas con las que se intenta acercar posturas.

El mediador se reúne con todas las partes y diseña un acuerdo global. Si el caso se resuelve por medio de esta reunión, se firma el acuerdo y el proceso se completa definitivamente.

En la fase de arbitraje, el procedimiento es similar al de un arbitraje tradicional. Se han desarrollado sistemas híbridos del procedimiento:

- *Med-luego-arb (med-then-arb)*: el procedimiento descrito anteriormente, salvo que se emplean distintos terceros neutrales en la mediación que en el arbitraje. Fue desarrollado con el fin de evitar conflictos, ya que se consideraba que la persona que había ayudado a redactar los primeros acuerdos en la mediación no debía de ser la misma que resolviese el arbitraje.
- **Mediación en la sombra (*shadow-mediation*)**: en esta modalidad, se emplean distintos terceros neutrales para cada una de las fases, aunque el mediador continúa

como observador en la fase del arbitraje, quedando en espera, por si las partes deciden que alguno de los puntos debe quedar resuelto por medio de la mediación.

- **Co-med-arb:** combina aspectos de la mediación, *mediación en la sombra* y arbitraje, pero evita el tener que informar a dos terceros neutrales de forma separada sobre el caso. El árbitro acude pero no participa en las sesiones de mediación y es informado sobre el caso por el mediador. No obstante el arbitro no participa en la fase de reuniones de la mediación.

- **Evaluación neutral inicial**

Es un proceso que suele tener lugar en los tribunales, en un esfuerzo por conseguir que casos de naturaleza civil o mercantil sean resueltos en las primeras etapas del procedimiento judicial. Normalmente el procedimiento es voluntario, aunque puede ser obligatorio por mandato judicial.

En este caso, el tercero neutral (comúnmente llamado auditor) da una opinión no vinculante sobre el asunto a tratar. La técnica es generalmente usada en las primeras etapas de un juicio. Las partes pueden tener la opción de pedir al evaluador que continúe mediando en la disputa. Se trata de uno de los sistemas de resolución alternativa de conflictos más moderna. En Estados Unidos más de veinte estados autorizan el uso a través de tribunales federales.

La evaluación neutral no culmina con la obtención de una solución impuesta por el auditor, sino con el posterior acuerdo que las partes puedan alcanzar como resultado de su análisis y de sus recomendaciones. La evaluación neutral es absolutamente confidencial. El auditor no divulgará a terceros ningún aspecto relativo a los asuntos tratados por las partes con él.

- **Evaluación inicial por experto**

Es similar al caso anterior, pero la evaluación de los hechos no tiene lugar en las primeras fases de un proceso legal. El experto selecciona en función de la experiencia que tenga en resolver casos similares. El experto proporciona a las partes una decisión no vinculante. Es un sistema muy utilizado en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de seguros.

- **Asesoría de investigación o *fact finding advisory***

Es un proceso usado muy a menudo en las negociaciones colectivas, aunque viene utilizándose con éxito en acuerdos comerciales. Se inicia cuando las negociaciones o la mediación ha llegado a un *impasse* y cuando ambas partes necesitan llegar a un acuerdo antes de llegar al arbitraje, a una huelga o a los tribunales.

Es un procedimiento informal, por el que un tercero neutral, después de escuchar a todas las partes, emite un informe con unas conclusiones y recomendaciones. Estas no son vinculantes, pero se admiten en los tribunales si el asunto termina en litigio. Como mediador, el fin del tercero es llegar a un acuerdo, pero no se implica en las negociaciones de las partes, salvo que ellas así lo decidan y el tercero neutral se considere capacitado para ejercer esta acción.

- **Juicio breve sin jurado o *summary bench trial***

Este procedimiento se parece a un arbitraje, salvo en que el análisis escrito que emite el tercero imparcial está hecho con el fin de ayudar a las partes a llegar a su propio acuerdo. Si el experto adopta la función de tercero neutral, el proceso entonces es similar al de la evaluación neutral inicial. La diferencia radica en el hecho de que no se espera que en un *juicio breve sin jurado* el tercero neutral trabaje con las partes en la resolución de su caso, más allá de la exclusiva realización de un análisis.

- **Juicio breve con jurado o *summary jury trial***

Es una técnica normalmente empleada en Estados Unidos en aquellos casos listos para ser enviados a un tribunal. Consiste en una vista rápida en la cual las pruebas son presentadas a un grupo de personas de similares características que las que van a formar parte del jurado que podría ser seleccionado en un tribunal ordinario. El tercero neutral instruye al jurado sobre aspectos legales y entonces delibera y dicta un veredicto. No es vinculante, aunque de esta forma se ofrece a las partes una visión de la realidad, un pronóstico que les ayuda a tomar decisiones a la vista de lo que pueden esperarse en un procedimiento judicial.

El juicio breve con jurado puede ser sugerido por las partes o determinado por orden judicial. Los jueces suelen reservarlo para casos que parecen presentarse largos y complejos o cuando las partes en litigio tienen una visión diametralmente opuesta o no realista sobre el resultado o consecuencias del mismo.

Este procedimiento suele llevar un día aunque los casos más complejos pueden llevar una semana. Los abogados presentan sumarios del caso ante el jurado, el cual delibera, da un veredicto y discute la decisión con las partes.

- **Defensor del pueblo o *ombudsperson***

Se trata de una herramienta de resolución de disputas muy reglada. Generalmente, el *ombudsman* está designado por una organización para investigar conflictos dentro de la misma, bien para prevenir disputas o para resolverlas. Puede usar varios mecanismos *MESC*.

En Estados Unidos, se utiliza mucho como sistema de confianza de las empresas. Éstas designan a una persona dentro de la empresa para resolver amigablemente conflictos suscitados con clientes o proveedores.

En Europa tiene un carácter más oficial. En España, la figura del defensor del pueblo se origina con la Constitución de 1978, y su reglamentación, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, fue aprobada en abril de 1981⁸. Aquí el defensor del pueblo tiene como misión la protección y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos pudiendo, para ello, supervisar la actividad de las administraciones públicas y sus agentes a fin de comprobar su corrección. No son de su competencia los conflictos mercantiles, laborales, familiares, vecinales, etc. que el ciudadano debe resolver por otros medios.

Negociación asistida con opinión vinculante

En este tipo de negociación, el tercero que ha intervenido en el procedimiento emite una opinión que es vinculante para todas las partes. Los tres sistemas que aquí describimos son utilizados, particularmente, en Estados Unidos.

- **Arbitraje de oferta final** (*baseball o final offer*)

En este proceso que se está usando cada vez más en disputas comerciales, cada parte envía al árbitro un acuerdo monetario. El árbitro elige una de las dos ofertas, que no es otra que la que más se acerca a su criterio.

- **Fact finding binding**

Se trata de un procedimiento informal en el cual un tercero neutral revisa los aspectos de la disputa y emite un informe aportando sus conclusiones y recomendaciones. Éstas no son vinculantes, pero son admisibles ante un tribunal si el conflicto se decanta por esa vía.

Es un proceso muy a menudo usado en los conflictos colectivos, aunque se emplea más ampliamente en disputas comerciales. Se inicia cuando las negociaciones o meditaciones han llegado a una situación de absoluto estancamiento y las partes están de acuerdo en encontrar otra vía intermedia antes de acudir al arbitraje vinculante o a los tribunales.

⁸ Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1981, BOE de 7 de mayo.

- **Juez privado o *rent-a-judge***

Es un proceso a través del cual las partes en conflicto contratan a su propio juez para resolver de una forma más rápida conflictos civiles. Es un procedimiento autorizado en muchos estados de los Estados Unidos. En cualquier caso, no puede emplearse sin el consentimiento de ambas partes. Es a menudo usado en los conflictos comerciales.

Este sistema se utiliza mucho en la resolución *on-line* de conflictos, porque permite una solución final y el laudo habilita la vía ejecutiva.

2

CAPÍTULO 2

VENTAJAS Y DESVENTAJAS GENERALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LA MEDIACIÓN

Los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos comerciales están diseñados para resolver casos de muy variada naturaleza. A través de estos sistemas es posible evitar la saturación de tribunales, agilizar los procesos y reducir los costes. El desarrollo de estos sistemas es fundamental para resolver los problemas que se plantean entre partes geográficamente distantes, disputas muy simples o muy técnicas, disputas donde se requiere una gran celeridad para reducir perjuicios o mantener las relaciones entre las partes.

Podemos hacer un compendio de ventajas y desventajas de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, particularmente del arbitraje comercial y de la mediación.

2.1 VENTAJAS DEL ARBITRAJE

Celeridad

Es altamente significativo que el 80% de las sentencias que se pronuncian en España sean desestimatorias. Esto demuestra que se litiga para retrasar el cumplimiento de los compromisos asumidos, lo que provoca que los pleitos se dilaten por la sobrecarga de asuntos judiciales. Frente a la saturación de la administración de justicia, el arbitraje proporciona agilidad, pudiendo las partes establecer el plazo máximo dentro del cual el laudo debe ser dictado, al estar previamente establecido en las normas de funcionamiento del tribunal. El procedimiento arbitral es más expedito que el judicial y el laudo arbitral no está sujeto al recurso de apelación. Según los resultados reflejados en el *Libro Blanco de la Justicia*⁹, se calcula aproximadamente un tiempo de un año para un proceso planteado ante un tribunal de justicia, un año para la apelación, tres años para un proceso de casación ante el Tribunal Supremo y finalmente un año para su ejecución.

⁹ *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo del Poder Judicial, 1997.

Economía

El coste total de los procesos arbitrales es inferior al de los procesos judiciales estatales. Minimizan tiempo y dinero.

Especialización en la materia

Las partes pueden escoger árbitros que, en razón de su profesión o de las actividades que realizan, conozcan a fondo la materia en la que se ha originado la controversia. No ocurre lo mismo en la justicia ordinaria, porque los conflictos son resueltos por funcionarios judiciales que tienen una buena preparación legal, pero no específica en los diferentes campos o materias donde se mueven los negocios.

Trazabilidad y seguimiento

Esta es una característica muy importante en los sistemas de arbitraje *on-line*, porque las partes tienen la posibilidad de conocer y seguir en tiempo real el estado en que se encuentra el procedimiento, el calendario de audiencias, las pruebas, los alegatos, etc.

Universalidad y flexibilidad

En estrecha vinculación con el ejercicio del principio de voluntad de las partes, los procedimientos pueden ser diseñados para cada tipo de disputa. Pueden ser más flexibles e informales que los planteados ante los tribunales ordinarios.

Esta flexibilidad se extiende al derecho procesal y al derecho sustantivo aplicable. Es posible estructurar el procedimiento a fin de que no ofrezca ventajas para una de las partes en conflicto. Especialmente, las partes pueden fijar la sede del arbitraje, el calendario, el lenguaje a utilizar, nacionalidad del o de los árbitros, posibilidad de representación legal, etc. Esta informalidad es una de las claves del éxito del aumento de casos, ya que algunos sectores de la sociedad pueden sentirse demasiado intimidados para participar en otros sistemas más formales.

Elección de la modalidad

Debe elegirse aquella modalidad que mejor se adapte a la naturaleza del conflicto y al nivel de las relaciones entre las partes (arbitraje *ad hoc* o libre o el administrado o institucionalizado).

En el primer tipo existe una máxima adaptación a las necesidades de las partes del conflicto. En el institucionalizado se ofrece un reglamento cuya incorporación resulta automática.

Control de las partes

Las partes mantienen en todo momento el control del proceso arbitral. Pueden, incluso, suspenderlo por un plazo cierto y determinado o darlo por finalizado por haber alcanzado una solución amistosa o por cualquier otro motivo, evitando así que se tengan que pronunciar los árbitros.

Obligatoriedad de la decisión final

La decisión final tomada por el árbitro, denominada laudo arbitral, es de obligado cumplimiento para las partes, e incluso los tribunales de justicia pueden obligar a este cumplimiento.

Eficacia

En caso de incumplimiento, el laudo arbitral firme puede ser objeto de ejecución forzosa, al igual que una sentencia judicial firme. El laudo es un título ejecutivo. Tiene fuerza de ley. Se ejecuta del mismo modo que las sentencias de última instancia, por la vía de apremio. Es pues un procedimiento final y tiene el valor de cosa juzgada.

Un laudo sólo puede anularse en los siguientes casos:

- cuando el propio convenio arbitral fuera nulo por no haberse formalizado por escrito o por no expresar la voluntad de las partes de someter la solución de las cuestiones litigiosas a la decisión arbitral,
- cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de su actividad no se hayan observado las formalidades,
- cuando el laudo se haya dictado fuera del plazo establecido o
- cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Reconocimiento internacional del laudo arbitral

Los laudos arbitrales disfrutan de un mayor reconocimiento internacional que las sentencias dictadas por tribunales nacionales. Más de 130 países han firmado la Convención para el

Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como Convención de Nueva York. Es considerada como la convención más exitosa del derecho internacional privado. Asimismo, existen decenas de convenciones arbitrales bilaterales y multilaterales sobre la materia.

Privacidad, confidencialidad y ausencia de publicidad

En general, el sistema permite la eliminación de formalismos innecesarios en el proceso y facilita las comunicaciones directas, propiciando la percepción instantánea de las intenciones y el conocimiento de la voluntad de las partes y facilitando interrogatorios, aclaraciones, revisiones, a puerta cerrada y sin acceso al público, y sin protocolo.

El procedimiento judicial es de carácter público. En cambio, el arbitraje se desarrolla en un ambiente privado y confidencial. La privacidad otorga una adecuada atmósfera para resolver las disputas. Mientras que la privacidad se refiere al lugar y las audiencias donde el proceso se lleva a cabo, la confidencialidad se aplica al laudo y documentos adicionales suministrados al tribunal arbitral.

El laudo, a diferencia de la sentencia, no se hace público. Los acuerdos alcanzados sólo serán públicos en la medida en que sea necesario para su ejecución o sea exigido por la ley, o siempre que ambas partes lo acuerden.

Los documentos producidos, las opiniones o comentarios efectuados, las admisiones de hechos, los informes de los expertos y las propuestas de acuerdo no pueden ser utilizados en otros procedimientos judiciales, arbitrales o de similares características. Al no haber ningún tipo de obligación de publicación del desarrollo del proceso arbitral, se produce una alta garantía de que un litigio no va a perjudicar, por ejemplo, una imagen o una marca comercial en el país en el que se esté produciendo el posible contencioso.

Neutralidad

Esta ventaja se aprecia, particularmente, en el arbitraje internacional, puesto que, cuando son países distintos, se puede encomendar la resolución de los conflictos a árbitros de un tercer estado, ajeno a los litigantes.

Jurisdicción mercantil privada y extraterritorial

La vía judicial es de carácter oficial o gubernamental y está adscrita a un territorio o ámbito geográfico de actuación. El arbitraje es extraterritorial, en tanto que los árbitros no están ligados a su país de origen ni están obligados a dictar determinadas resoluciones ni están

sometidos a la autoridad de ningún gobierno. Por eso, tanto el lugar de arbitraje, el idioma empleado y la legislación aplicable al fondo del asunto se eligen exclusivamente en función de criterios de tipo técnico y especializado y no en virtud de otros factores.

2.2 DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE

Requisito de adhesión

Siempre se ha dicho que el primer defecto del arbitraje comercial nace de una de sus principales virtudes. Nos referimos al requisito de adhesión voluntaria de ambas partes. Esto hace que algunas veces sea imposible formalizar un acuerdo para la utilización del sistema. Mientras que una demanda judicial se presenta sin concurrir el acuerdo con la parte demandada, en el arbitraje se ha de contar necesariamente con la contraparte.

Este problema adquiere mayores proporciones en el caso de los contratos de adhesión, ya que el usuario puede relacionar esta técnica de resolución de conflictos con la falta de independencia del tribunal arbitral elegido previamente por la empresa o corporación, lo que puede entenderse por parte del cliente como un supuesto de parcialidad por parte de aquellos terceros que van a resolver a favor de quien les paga.

Complejidad en la designación del tribunal arbitral

Los tribunales arbitrales compuestos de tres o más árbitros pueden conllevar gran complejidad para los usuarios del mismo (reuniones y discusiones internas, redacción del laudo, etc.). Este es un problema complicado, y a veces grave.

Falta de confianza

Es normal que algunas veces se generen dudas por parte de usuarios potenciales de este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos respecto a la parcialidad y profesionalidad de los árbitros, sobre todo en el caso de cuestiones muy técnicas y muy específicas o muy novedosas. La corrección de este problema requiere un esfuerzo en programas de formación e información.

Costes y gastos administrativos

El arbitraje no es un procedimiento gratuito. Algunas instituciones plantean unos costes de procedimiento muy elevados, como consecuencia de los honorarios que deben satisfacer a sus expertos, así como las tasas de la propia institución. En algunos casos las cuantías se

plantean en función del tiempo que ha llevado el procedimiento, lo que impide a las partes conocer con anterioridad el coste exacto del mismo.

Impredecibilidad

Los resultados del arbitraje pueden ser impredecibles, ya que los árbitros no se rigen por antecedentes jurisprudenciales o normas estrictas de procedimiento. En el caso de arbitraje de equidad el árbitro no está vinculado por el derecho, sino que tiene amplia libertad para dictar su laudo, basándose únicamente en los hechos del caso.

Desconocimiento de los procedimientos

La falta de conocimiento sobre el procedimiento puede convertirse en un impedimento para las partes a la hora de presentar las pruebas necesarias para demostrar la posesión de la verdad o de la justicia en un determinado caso.

Especificidad

Algunos tipos de disputas no se pueden resolver por medio de estos sistemas, es decir, no son arbitrables. Mientras que sí es posible la resolución de todos los casos en los tribunales ordinarios.

Necesidad de intervención o auxilio jurisdiccional

El arbitraje no es siempre autosuficiente. En algunos casos, pierde su autonomía. Necesita del concurso de los tribunales en muchas situaciones como, por ejemplo, para garantizar la validez de la cláusula arbitral discutida o, en algunos casos, para el nombramiento los árbitros, para practicar diligencias probatorias que los árbitros no puedan llevar a cabo, para la adopción de medidas cautelares, la anulación del laudo o la ejecución forzosa del laudo arbitral que está bajo monopolio estatal, etc.

La única posibilidad de recurso de un laudo en España es ante la Audiencia Provincial y siempre por motivos formales; el tribunal no examina el fondo de la decisión, por lo que se ve privado de la amplitud de recursos que tiene el proceso ordinario.

Falta de difusión del sistema arbitral

Por un lado se nota una falta de estímulo para el establecimiento del sistema arbitral, concretamente, la ausencia de apoyos gubernamentales para la difusión y respaldo de dichos

procedimientos. Por otro lado, existe la inercia de los profesionales del derecho a derivar los casos hacia los tribunales de justicia. Estos últimos alegan la impredecibilidad de los laudos o se muestran escépticos por desconocimiento o por temor a perder su remuneración si utilizan el arbitraje como solución. Difícilmente los abogados recomendarán una solución que los excluya, salvo en el caso del arbitraje de derecho.

Por otra parte existe un desconocimiento o falta de información en general por parte de posibles usuarios de la existencia de los MESC o la percepción equívoca de que éstos no se ajustan a determinados tipos de conflictos.

Terceras partes

La ausencia de terceras partes en un procedimiento puede afectar negativamente a las mismas, ya que no han estado presente en el mismo y las consecuencias les pueden ser adversas.

Jurisprudencia

Estos procedimientos no sientan precedente, ni influyen para el desarrollo de reglas y usos uniformes sobre un determinado sector. Asimismo, si una de las ventajas de estos sistemas es la falta de publicidad, al mismo tiempo se puede convertir en un inconveniente, cuando una de las partes demanda la máxima publicidad y difusión del resultado del procedimiento como medida ejemplarizante, ya que el laudo establece la obligación de confidencialidad.

2.3 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Véase lo anteriormente descrito para el arbitraje comercial en los aspectos referentes a la mayor eficiencia del sistema por la rapidez, menor coste (ahorro de costes y costas procesales, honorarios de abogados), etc.

A esto habría que añadir que, al tratarse de una solución autocompositiva, o lo que es lo mismo, al ser la decisión de las propias partes la que permite un acuerdo, éstas suelen ser más propensas a mantener su palabra y cumplir lo acordado. Por ello el procedimiento podría ser incluso más rápido en el caso de que fuera necesario ejecutar una sentencia o un laudo.

Otra de las ventajas de la mediación, es que deja siempre abierta la posibilidad de concurrir a la vía jurisdiccional si las partes no están conformes o no se cumplen los acuerdos alcanzados.

Al tratarse de un procedimiento que permite una solución global o parcial de los conflictos, en este último caso, se consigue que no se reabran en los tribunales aspectos sobre los puntos que ya se han decidido en conformidad, considerándose simplemente aquellos aspectos que han quedado fuera del acuerdo. Así, se busca una decisión de los aspectos más conflictivos a través del arbitraje o bien ante los tribunales.

Resumiendo, podría decirse que mientras que en los procedimientos judiciales no puede escogerse al juez, no existe confidencialidad, la flexibilidad del proceso es muy pequeña y las resoluciones son obligatorias aunque con costes del tribunal sean gratuitos, la mediación no está sujeta a las reglas que rigen la controversia judicial. Son los participantes los protagonistas que diseñan y aprueban la solución más cercana a sus expectativas e intereses, sin estar sujetos a precedentes anteriores.

2.4 DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Al tratarse de un procedimiento voluntario, cualquiera de las partes puede abandonar en cualquier momento la mediación. Asimismo, el acuerdo al que se llega no constituye cosa juzgada como si ocurre con el laudo arbitral, lo que impide su ejecución.

Tampoco se reconoce para el acuerdo particular la existencia de los convenios y tratados internacionales de reconocimiento de laudos extranjeros, como ocurre con el arbitraje. Esto hace que los resultados de una mediación realizada en otro país no puedan tener efectos obligatorios en otro.

3

CAPÍTULO 3 EL ARBITRAJE EN EL DERECHO COMPARADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Hablar del arbitraje en la Unión Europea supone hacerlo a dos niveles. Por un lado desarrollando la forma en que cada uno de los países de la Unión trata y regula el arbitraje en particular y los medios extrajudiciales de solución de conflictos en general. Por otro analizando la forma en que lo hace la propia Unión Europea como tal.

3.1 EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

El recurso a medios alternativos a los judiciales para la solución de conflictos es posiblemente tan antiguo como la civilización y fruto seguramente de los beneficios de la cultura del pacto. La justicia, como la guerra, se ha concebido siempre como un último recurso, inclinándose el ser humano, por lo menos el ser humano con un mínimo de civilización, a acudir al pacto entre las partes o a través de un tercero o mediador, para solventar los problemas.

Si Suecia puede reivindicar el haber creado ya en el siglo XVII la institución del *ombudsmen*, que daría lugar con el tiempo a los defensores del pueblo y a los mediadores, que hoy en día proliferan no sólo en los estados, sino en comunidades autónomas, regiones, organizaciones supranacionales e incluso entidades privadas, una comunidad autónoma como Aragón puede alardear de que el derecho fuera el signo distintivo del reino medieval que está en sus orígenes y que le dio nombre y de que el lema de dicho reino fuera el *estandum est chartae* o “hay que estar a lo pactado”, convirtiendo el pacto, la negociación, la mediación, en la columna vertebral de ese derecho.

Así, pues, el recurso a medios alternativos y extrajudiciales para la solución de conflictos es algo extendido desde hace mucho tiempo y hoy en día es una realidad en prácticamente todos los países. Incluso el más típico de dicho medios, el arbitraje, es un sistema habitual de funcionamiento en buen número de países, en mayor o menor grado. En unos casos

como medio interno de solución de conflictos; en otros, admitiendo la validez de arbitrajes realizados en el extranjero.

Un vistazo a la legislación internacional nos permite comprobar que son 87 los países que, de una u otra forma de las dos expuestas, contemplan el arbitraje en sus ordenamientos jurídicos. Centrados en el espacio geográfico de Europa, son 32 los países que regulan la institución, entre los que por supuesto se encuentran todos los que configuran la Unión Europea.

3.1.1 El arbitraje en Alemania

En Alemania no hay una legislación específica sobre medios alternativos de solución de conflictos pero, en cambio, se legisla sobre arbitraje en el Código Procesal Civil, Libro X, artículos 1025 a 1066.

Los otros tipos de MESC son materia de legislación contractual general. La mediación y otras formas de MESC aún se encuentran en desarrollo. La mediación se utiliza especialmente en el campo de la legislación laboral, familiar y de consumo (B2C). En cuestiones comerciales empresariales (B2B), el número de procedimientos de MESC es aún bajo (exceptuando los casos de arbitraje).

Podemos mencionar como aspectos más relevantes contemplados en el Código Procesal Civil, Libro X, los siguientes:

Arbitrabilidad

En Alemania, y como principio general, cualquier disputa que tenga un interés económico o patrimonial puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje relativo a reclamaciones que no encierren un interés económico tendrá efecto legal en la medida en que las partes tengan derecho a concluir un acuerdo sobre la cuestión en disputa. Nótese que en España, el artículo primero de la LA, es mucho más genérico, e incluso confuso, cuando establece que pueden ser objeto de arbitraje *las cuestiones litigiosas en materia de su libre disposición conforme a derecho*.

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje puede establecerse dentro de un contrato (cláusula compromisoria) o en un acuerdo separado (compromiso arbitral).

El convenio de arbitraje puede estar contenido en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas u otros medios de comunicación que puedan proporcionar un registro del acuerdo.

El acuerdo de arbitraje en el que sea parte un consumidor, debe estar contenido en un documento firmado personalmente por las partes. En tal documento no pueden recogerse otras convenciones distintas de las que refieran a los procedimientos arbitrales (salvo en el caso de certificación notarial).

Árbitros

Las partes son libres de determinar el número de árbitros. Faltando tal determinación, se entiende que deben ser tres.

Jurisdicción

El tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción y en conexión con ello, acerca de la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A este efecto una cláusula de arbitraje que forma parte de un contrato debe ser tratada como un acuerdo independiente de los términos restantes del contrato.

El planteamiento de la falta de jurisdicción del tribunal debe ser presentado no más tarde de la remisión de la declaración de la defensa.

No precluye el derecho de oponer la cuestión por el hecho de que la parte haya elegido o participado en la elección de un árbitro. La moción de que el tribunal arbitral está excediendo el margen de su autoridad deberá ser elevada tan pronto como haya surgido en los procedimientos.

Prueba

El tribunal arbitral decide, sujeto al acuerdo de las partes, si se fijarán audiencias orales o si los procedimientos se deberán desarrollar sobre la base de documentos y otros materiales. Salvo que las partes acuerden que no tendrán lugar audiencias, el tribunal arbitral puede establecerlas en las fases apropiadas de los procedimientos, si así lo solicitare una parte. El tribunal arbitral tiene la facultad de ordenar que cualquier prueba documental sea acompañada de una traducción al lenguaje o lenguajes convenidos por las partes o determinado por el propio tribunal.

El tribunal arbitral o una parte con la aprobación de éste puede requerir asistencia de la corte para tomar evidencia o producir otros actos judiciales que el tribunal arbitral no está facultado para diligenciar; los árbitros tienen derecho a participar en cualquier producción judicial de pruebas y a formular preguntas.

Reglas aplicables a los procedimientos

Las partes deben ser tratadas con equidad y se les debe dar total oportunidad para presentar su caso.

Las partes —con sujeción a las disposiciones obligatorias del Código Procesal Civil alemán— son libres de determinar los procedimientos por sí mismas o por referencia a un conjunto de reglas arbitrales. En defecto de tal acuerdo y en ausencia de previsiones del código, el tribunal arbitral debe conducir el arbitraje de la manera que considere apropiada. En este sentido, tiene facultad para admitir y valorar libremente las pruebas que se presenten.

Las partes tienen libertad para decidir acerca del idioma o idiomas que han de ser utilizados en los procedimientos arbitrales. A falta de tal acuerdo, los determinará el tribunal arbitral.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

El tribunal arbitral debe decidir de acuerdo con las reglas legales elegidas por las partes como ley aplicable al fondo de la disputa. El tribunal arbitral puede decidir *ex aequo et bono*¹⁰ o como amigable componedor sólo si las partes lo han autorizado expresamente al efecto.

Laudos

El laudo debe formalizarse por escrito e ir firmado por el árbitro o árbitros. Cada parte debe recibir una copia firmada. Asimismo, el laudo debe indicar las razones en las cuales se basa y la fecha y el lugar del arbitraje. El laudo arbitral tiene el mismo efecto entre las partes que una decisión judicial final y vinculante.

Ejecución de los laudos

El laudo es ejecutable si ha sido declarado como tal por la autoridad judicial competente. Si el laudo es anulado por una de las razones enunciadas en la Sección 1059, Subsección 2, no procede la solicitud de declaración de ejecución.

¹⁰ Según la equidad y el leal saber y entender.

Ejecución de laudos extranjeros

Los laudos arbitrales extranjeros pueden ser reconocidos y ejecutables en concordancia con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de junio de 1958 (Convención de NY).

3.1.2 El arbitraje en Austria

El título IV del Código de Procedimiento Civil, aprobado en su versión actual por la Ley Federal de 2 de febrero de 1983, está dedicado al arbitraje. Existen asimismo referencias al arbitraje en el Código Civil y en el equivalente a la Ley Orgánica del Poder Judicial, normas todas actualizadas por la citada Ley Federal.

En general, la ley austríaca deja a las partes amplia libertad para convenir el arbitraje y sólo muy pocos aspectos tienen carácter obligatorio. Los puntos más importantes contemplados en el código austríaco son los siguientes:

Arbitrabilidad

Es válido todo convenio de arbitraje en que las partes han tenido la facultad de disponer de los derechos objeto de la materia en disputa. También son válidas las convenciones de sometimiento a arbitraje de disputas futuras que puedan surgir de una relación jurídica específica.

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje debe formalizarse por escrito o estar contenido en telegramas o telex intercambiados por las partes.

Árbitros

No hay requerimientos específicos para ser árbitro, salvo el respeto a la imparcialidad respecto de las partes. La imparcialidad se determina de acuerdo con los mismos criterios que para un juez ordinario austríaco¹¹: (i) cuando hay suficiente razón para dudar de su imparcialidad, (ii) cuando ellos mismos son parte, (iii) cuando en relación con el objeto de la disputa ellos tienen derechos o responsabilidades en común con una de las partes o son

¹¹ Ley de Judicatura de Austria, artículos 19 y 20.

responsables de indemnizar a una de ellas, (iv) en casos concernientes a sus cónyuges o personas directamente relacionados con éstos por sangre o matrimonio, entre otros. Los magistrados judiciales no pueden aceptar una designación de árbitro mientras dure su mandato judicial.

El árbitro que no cumple o no cumple en tiempo con las obligaciones asumidas al aceptar el cargo es responsable frente a las partes por todas las pérdidas causadas, manteniendo éstas el derecho de reclamar la rescisión del convenio de arbitraje.

Jurisdicción

Los árbitros tienen amplios poderes y pueden decidir independientemente acerca de la validez del contrato subyacente (independencia de la cláusula arbitral). Sin embargo, esa decisión puede ser objetada ante la justicia ordinaria.

Prueba

Los árbitros pueden utilizar todos los medios de prueba que consideren apropiados. Sin embargo, no pueden tomar el juramento a las partes, testigos y expertos que comparecieran voluntariamente ante ellos, ni pueden aplicar medidas coercitivas o punitivas en contra de las partes u otras personas. Aquellos actos considerados necesarios por los árbitros, pero respecto de los cuales no tienen competencia, son llevados a cabo por los tribunales del estado que tenga competencia en el caso.

Reglas aplicables a los procedimientos

El procedimiento es determinado discrecionalmente por los árbitros, a menos que las partes hayan convenido otra cosa en la cláusula compromisoria o, en su caso, en el compromiso arbitral.

Laudos

Si dos o más árbitros son quienes tienen que decidir, el laudo debe ser dictado por mayoría absoluta, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el acuerdo de arbitraje.

Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral debe entregar una copia del mismo a cada parte en persona ante el tribunal o por correo o por un notario público. Estas copias y el original del laudo deben mencionar la fecha de emisión y deben estar firmadas por los árbitros.

El laudo tiene entre las partes el mismo efecto que una decisión judicial final y vinculante y no puede ser recurrido por la ley ordinaria, pero las partes pueden acordar la posibilidad de apelación ante un segundo o tercer cuerpo arbitral.

3.1.3 El arbitraje en Bélgica

Bélgica dedica al arbitraje los artículos 1676 a 1723 de su Código Judicial, equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado el 14 de julio de 1972 y actualizado por leyes de 27 de marzo de 1985 y 19 de septiembre de 1998. Los aspectos más relevantes son los siguientes:

Arbitrabilidad

El Código Judicial dispone que cualquier disputa derivada o que pueda derivar de una relación legal específica y respecto a la cual es permisible transigir, puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje. Cualquier persona facultada para transigir puede concluir un acuerdo de arbitraje.

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje debe ser hecho por instrumento escrito firmado por las partes o por otros documentos vinculantes para las partes y demostrativos de su intención de recurrir al arbitraje.

Árbitros

Cualquier persona con capacidad de contratar puede actuar como árbitro (con excepción de los menores, personas bajo tutela y aquéllos a quienes se les ha quitado el derecho a votar).

El tribunal arbitral debe componerse de un número impar de árbitros, pudiendo ser sólo uno. Si el acuerdo de arbitraje dispone que habrá un número par, debe nombrarse igualmente un árbitro adicional. Si las partes no han determinado el número de árbitros y no se ponen de acuerdo posteriormente, el tribunal debe componerse de tres árbitros.

Jurisdicción

El tribunal arbitral puede decidir acerca de su propia jurisdicción y, a este efecto, puede examinar la validez del acuerdo de arbitraje. La decisión del tribunal de que tiene jurisdicción sólo puede ser discutida juntamente con el laudo sobre el fondo de la cuestión y por el

mismo procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia. La designación de un árbitro por una de las partes no le privará de sus derechos de cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral.

Prueba

Salvo que las partes acuerden lo contrario, el tribunal arbitral tiene poder discrecional para decidir acerca de la admisibilidad de la prueba y de su fuerza conclusiva. El tribunal puede ordenar audiencia de testigos, apreciación de peritos, inspección en el sitio, comparecencia personal de las partes, etc., pero no puede disponer la verificación de firmas ni decidir acerca de una objeción relativa a la producción de documentos o respecto de falsedad alegada de documentos. En ese caso, debe dejar a las partes llevar la cuestión al Tribunal de Primera Instancia dentro de un determinado plazo.

Reglas aplicables al procedimiento

Las partes determinan las reglas del procedimiento de arbitraje y el lugar del mismo. Si no hay expresión de voluntad en este sentido dentro del plazo fijado al efecto por el tribunal arbitral, lo determinan los árbitros.

Laudos

El laudo debe ser dictado luego de una deliberación de la que deben participar todos los árbitros y debe resultar de una mayoría absoluta de votos, salvo acuerdo en que las partes hayan convenido otra cosa.

El laudo debe ser dado por escrito y contar con al menos tantas firmas como número que conforma la mayoría de los árbitros. Además de la parte dispositiva, debe contener los nombres y direcciones permanentes de los árbitros; los nombres y direcciones permanentes de las partes; la cuestión objeto de la disputa; la fecha de emisión del laudo; el lugar del arbitraje y el lugar en donde es dado el laudo. Deben exponerse, además, las razones del laudo.

A menos que el laudo sea contrario al orden público o que la disputa no sea susceptible de someterse a arbitraje, un laudo arbitral tiene autoridad de cosa juzgada siempre que haya sido notificado conforme a la ley y no pueda ser cuestionado ante los árbitros.

Un fallo puede ser apelado sólo si las partes han dispuesto esta posibilidad en el acuerdo de arbitraje. Salvo que éstas hayan dispuesto otra cosa, el plazo para la apelación es de un mes, contado desde la notificación del laudo.

Ejecución de los laudos

El laudo arbitral puede ser ejecutado sólo después de que haya sido declarado ejecutable por el presidente del Tribunal de Primera Instancia, a petición de parte interesada. El presidente puede rechazar el pedido de ejecución del laudo si éste es contrario al orden público o si la disputa no fue susceptible de ser sometida a arbitraje.

Ejecución de laudos extranjeros

El presidente del Tribunal de Primera Instancia decide a petición de parte acerca de la ejecutabilidad de laudos arbitrales dictados en el extranjero sobre la base de un acuerdo de arbitraje. El peticionario debe adjuntar el original del laudo así como el convenio de arbitraje o copias auténticas de ambos.

3.1.4 El arbitraje en Dinamarca

En Dinamarca se regula el arbitraje en la Ley o Acta de Arbitraje N° 181 de 1972. Asimismo, se regulan sus consecuencias y eficacia en el Decreto 117, de 17 de marzo de 1973, sobre reconocimiento y eficacia de los laudos arbitrales extranjeros y el arbitraje en comercio internacional.

Si bien la mediación es mencionada en algunas leyes como medio de solución extrajudicial de disputas, ninguna ley ni otro tipo de regulaciones reglamentan su proceso, circunstancia que es muy positiva.

El arbitraje ha sido utilizado en Dinamarca durante siglos y es frecuentemente utilizado como medio de resolución de conflictos, particularmente en lo que concierne a disputas comerciales y societarias.

Casi cualquier tipo de disputa puede ser sometida por las partes a arbitraje o mediación. Sin embargo, cuestiones especiales como custodia de menores, por ejemplo, deben tener la aprobación de la administración del condado. Cuando la mediación es utilizada en casos penales es un suplemento y no una alternativa al proceso penal.

En lo que refiere a la negociación, como los daneses son conocidos por una actitud común de consenso, este método es adoptado frecuentemente y los modernos principios de negociación —como por ejemplo los adoptados por Harvard— tienen muchos adeptos.

Destacamos los puntos más relevantes del Acta de Arbitraje 181 de 1972:

Arbitrabilidad

Las partes pueden poner en manos de los árbitros cuestiones respecto de las cuales tengan la libre disponibilidad de los derechos (no son arbitrables, por ejemplo, disputas relacionadas con el derecho de familia).

Un convenio de arbitraje se puede referir a disputas presentes o futuras, siempre que tengan un grado razonable de definición.

Estados y entes públicos pueden ser parte en procesos arbitrales.

Forma del convenio de arbitraje

Puede ser hecho por escrito o en forma verbal si esa declaración está certificada.

Árbitros

No hay exigencias específicas para poder ser designado árbitro.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

En arbitrajes nacionales, los árbitros pueden resolver *ex aequo et bono*, si así lo convienen las partes.

Plazo del laudo

La ley no especifica plazo para la emisión del laudo, pero el tribunal debe pronunciarse dentro de un lapso razonable.

Ejecución de los laudos

La ejecución de un laudo debe ser solicitada judicialmente.

Ejecución de laudos extranjeros

Dinamarca es signataria de las convenciones de Nueva York y de Ginebra. Los laudos extranjeros son ejecutables de la misma manera en que lo son los internos.

3.1.5 El arbitraje en España

Tiene regulado el tema con carácter general en la Ley de Arbitraje, ley 36/1988, de 5 de diciembre, además de hacer referencia a la institución en diversas leyes sectoriales que detallaremos en su momento y en la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil, ley 1/2000, de 7 de enero, en vigor desde enero de 2001, que hace referencia al arbitraje en su artículo 39 y concordantes. Las distintas formas de arbitraje en España son descritas en el capítulo 4.

3.1.6 El arbitraje en Finlandia

Finlandia es un país con gran tradición en la resolución de disputas privadas. Gobiernos regionales y organizaciones estatales también pueden utilizar sistemas de arbitraje. Tanto en el ámbito interno, como en contratos internacionales, es muy común la concertación del compromiso arbitral.

Los otros métodos alternativos de resolución de disputas, incluida la mediación, tienen en Finlandia una historia más reciente. La Asociación Finlandesa de Abogados tiene sus propias reglas de mediación y oficia como registro de los mediadores, que deben ser miembros de la asociación y estar entrenados al efecto.

Finlandia cuenta con una moderna Ley de Arbitraje aprobada el 23 de octubre de 1992 y en vigor desde el 1 de diciembre de dicho año. Básicamente, esta norma toma los aspectos principales de las reglas de arbitraje de UNCITRAL (1976) y de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y regula principalmente los arbitrajes llevados a cabo en Finlandia. Tras la reciente implementación de la Convención de Nueva York, los tribunales no distinguen entre los procedimientos de laudos internos y laudos dictados en el extranjero.

Arbitrabilidad

Cualquier tipo de disputa susceptible de ser solucionada por acuerdo entre las partes, puede ser objeto de arbitraje.

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje debe ser hecho por escrito.

Árbitros

Salvo convenio en contrario, el tribunal se compone de tres árbitros.

Jurisdicción

Se reconoce la independencia de la cláusula de arbitraje, de modo que los árbitros tienen facultades para decidir acerca de la validez del contrato subyacente.

Prueba

A efectos de obtener prueba de las afirmaciones de las partes, los árbitros tienen amplia discreción. Pueden escuchar a las partes (a ellas deben dar total e igual oportunidad), a los testigos, a los expertos y ordenar inspecciones. Además, los árbitros pueden requerir a su instancia medidas cautelares de los tribunales ordinarios.

Reglas aplicables a los procedimientos

Las partes y, en su defecto, los árbitros, deciden las normas aplicables a los procedimientos del arbitraje. Es muy común la utilización de las reglas de la Cámara Central de Comercio finlandesa.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

El tribunal arbitral decide la disputa de acuerdo con las normas legales elegidas por las partes como ley aplicable al fondo de la disputa. Incluso si las partes han convenido en la aplicación de la ley de otro estado distinto de Finlandia, no podrán apartarse de ella.

Laudos

El laudo debe ser dictado por escrito y firmado por todos los árbitros. Además, deberá basarse en la ley, a menos que las partes hayan autorizado a los árbitros a resolver *ex aequo et bono*. No se fija término específico para su dictado, pero las partes pueden convenir uno. El laudo tiene efecto de decisión final, aunque puede ser revisado por un segundo tribunal arbitral o ante la justicia ordinaria. Su ejecución sólo puede rechazarse si el laudo es nulo e inválido.

Ejecución de los laudos

Los laudos son ejecutables mediante decisión judicial.

Ejecución de laudos extranjeros

La parte que desea ejecutar un laudo extranjero debe presentarse ante una corte de distrito y acompañar el acuerdo de arbitraje y el laudo, ambos en original o copias certificadas y las traducciones, en su caso.

3.1.7 El arbitraje en Francia

El ordenamiento jurídico francés cuenta con varias referencias al tema del arbitraje. El Código Civil le dedica el título XVI, "*Du compromis*". Contienen referencias a la institución la Ley de Procedimiento Civil de 8 de febrero de 1995 y la Ley sobre Nuevas Regulaciones Económicas de 15 de mayo de 2001. Existe además una Ley de Arbitraje que data de 1980, con modificaciones de 1981.

Arbitrabilidad

En el Código Civil se dispone que todas las personas pueden asumir compromisos legales sobre los derechos sobre los cuales tienen la libre disposición. No pueden, en cambio, asumir compromisos sobre cuestiones de estado y capacidad de las personas, aquéllas relativas a divorcio y a la separación y las cuestiones en las que se encuentre comprometido el orden público.

Forma del convenio de arbitraje

El Nuevo Código Procesal Civil dispone que la cláusula compromisoria debe, bajo pena de nulidad, hacerse por escrito en la convención principal o en un documento al cual ésta se refiere. Además y bajo la misma sanción, debe designar el árbitro o los árbitros o prever las modalidades de su designación. El compromiso arbitral, por su parte, debe (también bajo pena de nulidad) determinar el objeto de litigio y designar el árbitro o los árbitros o prever las modalidades. Se constata por escrito.

Árbitros

La misión de árbitro no puede serle confiada más que a una persona física y ésta debe tener el pleno ejercicio de sus derechos civiles. En el caso de que el convenio de arbitraje designe a

una persona ideal, ésta no dispone más que del poder de organizar el arbitraje. El tribunal arbitral se constituye de un solo árbitro o de más en número impar. Si las partes designan árbitros en número par, el tribunal arbitral debe completarse por un árbitro elegido ya sea conforme las previsiones de las partes o, en ausencia de ellas, por los árbitros designados o, en su defecto, por el presidente del Tribunal de Gran Instancia.

Jurisdicción

Si un litigio de cuya resolución se encuentra encargado un tribunal arbitral en virtud de una convención de arbitraje es llevado ante la jurisdicción del estado, éste debe declararse incompetente. Si el litigio no se encuentra aún ante el tribunal arbitral, la jurisdicción estatal debe declararse incompetente igualmente, a menos que el convenio de arbitraje sea manifiestamente nulo. En ningún caso puede declararse de oficio la incompetencia. Si ante el árbitro una de las partes cuestiona en su principio o extensión el poder jurisdiccional del árbitro, a él le corresponde decidir acerca de la validez o límites de su investidura.

Reglas aplicables al procedimiento

Los árbitros reglan el procedimiento sin tener que seguir las reglas establecidas para los tribunales, salvo que las partes hayan decidido en contrario en el convenio de arbitraje. Si el convenio de arbitraje no fija un término, la misión de los árbitros no puede durar más de seis meses, contados desde el día en que el último de ellos la ha aceptado.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

La sentencia arbitral debe estar motivada. El árbitro decide conforme la ley, salvo que las partes, en el convenio de arbitraje, le hayan conferido sólo la misión de actuar como amigable componedor.

Laudos

Las deliberaciones de los árbitros son secretas. El laudo arbitral se dicta en mayoría de votos y debe estar motivado. Debe contener indicación del nombre de los árbitros, de la fecha, el lugar donde se emitió el laudo, los nombres de las partes y su domicilio y los nombres de los representantes, en su caso y debe estar firmada por todos los árbitros. En lo relativo a la cuestión que dirime, el laudo tiene autoridad de cosa juzgada y es susceptible de apelación, a menos que las partes hayan renunciado a ello en la convención de arbitraje. En cambio, no

es susceptible de apelación en el caso de que al árbitro se le haya encargado la misión de actuar como amigable componedor, a menos que las partes hayan reservado esa facultad en el convenio.

Ejecución de los laudos

La sentencia arbitral no es susceptible de ejecución forzada más que en virtud de una decisión de *exequatur* emanada del Tribunal de Gran Instancia.

Ejecución de laudos extranjeros

Los laudos arbitrales dictados en el extranjero son reconocidos en Francia si su existencia es establecida por aquél que lo invoca y si ese reconocimiento no es manifiestamente contrario al orden público internacional. En las mismas condiciones, éstos son declarados ejecutables en Francia por el juez de la ejecución y para ello debe acompañarse el original del convenio de arbitraje y del laudo o sus copias auténticas y la traducción, en su caso.

3.1.8 El arbitraje en el Reino Unido

El arbitraje se rige en el Reino Unido por las siguientes regulaciones:

- Inglaterra, la actual Ley de Arbitraje (*Arbitration Act*), está vigente desde el 16 de diciembre de 1996.
- Isla de Man, Ley de Arbitraje, 1976.
- Irlanda del Norte, Ley de Arbitraje, 1937.
- Escocia, Ley de Arbitraje, 1894, Ley de Administración de Justicia, 1972, y Acta de Reforma de Ley, 1990.

Con respecto a la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, es interesante destacar que en su introducción hace referencia a los principios sobre los cuales están construidas las provisiones de la ley, y que son los siguientes:

- que el objeto del arbitraje es obtener la justa resolución de las disputas por un tribunal imparcial sin necesarias demoras o gastos;
- que las partes deben ser libres de convenir cómo son resueltas sus disputas, sujetas sólo a los resguardos que sean necesarios en orden al bien común; y

- que en materias arbitrales, los tribunales de justicia no deben intervenir salvo en lo dispuesto por la ley.

Asimismo, son destacables los siguientes puntos:

Forma del convenio de arbitraje

Mediante el convenio de arbitraje se puede someter a arbitraje disputas presentes o futuras, sean contractuales o no. La referencia hecha en un acuerdo a una forma escrita de cláusula de arbitraje o a un documento conteniendo una cláusula arbitral constituye un acuerdo de arbitraje, si la referencia es tan clara como para hacer esa cláusula parte del convenio.

La Ley de Arbitraje se aplica sólo si el convenio tiene forma escrita. Se considera que tiene forma escrita cuando es formalizado por escrito, cuando es hecho por intercambio de comunicaciones por escrito o cuando el acuerdo es evidenciado por escrito. Un acuerdo es evidenciado por escrito si, hecho mediante otra forma distinta, es registrado por cualquier medio por una de las partes o por una tercera parte, con la autoridad de las partes del acuerdo.

Árbitros

Las partes son libres de elegir el número de árbitros que formarán el tribunal y si habrá o no un presidente. En caso de que el número de árbitros sea dos u otro número par, se entiende que se requiere la designación de un árbitro adicional para presidir el tribunal, salvo que las partes convengan otra cosa. Si no hay acuerdo acerca del número de árbitros, el tribunal debe componerse por un solo árbitro.

Jurisdicción

Salvo convención en contrario de las partes, el tribunal arbitral tiene competencia para dictaminar acerca de su propia jurisdicción. En ese sentido, puede decidir acerca de la existencia y validez del convenio de arbitraje, si el tribunal está adecuadamente constituido y qué cuestiones han sido sometidas al arbitraje de conformidad con el compromiso arbitral.

Prueba

A salvo el derecho de las partes para convenir acerca de cualquier materia, el tribunal decide acerca de los procedimientos y las cuestiones de prueba. Esto incluye el idioma o idiomas a ser usados en los procedimientos y si deben o no acompañarse las traducciones del caso;

qué reglas de prueba se aplican, dónde y cuándo debe ser llevada a cabo cualquier parte del procedimiento, etc.

Salvo convención en contrario de las partes, el tribunal puede designar expertos o asesores legales para informar al tribunal o a las partes. También puede designar asesores para asistirlo acerca de cuestiones técnicas y puede permitirles asistir a los procedimientos.

El tribunal puede ordenar que una parte o testigo sea examinado bajo juramento.

Reglas aplicables a los procedimientos

El tribunal debe actuar con equidad e imparcialidad entre las partes, dándoles a cada una oportunidad razonable para exponer su caso y lidiar con el de su oponente, y adoptar procedimientos acordes con las circunstancias del caso particular, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proveer un medio justo para la resolución de las cuestiones a ser determinadas. El tribunal debe cumplir con este deber general al conducir los procedimientos, al tomar sus decisiones sobre cuestiones del procedimiento y de prueba y en el ejercicio de todos los poderes que les son conferidos.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

El tribunal debe decidir la disputa de acuerdo con la ley elegida por las partes como aplicable a la sustancia de la disputa o, si así lo convienen, de conformidad con otras consideraciones sobre las cuales hayan acordado o que hayan sido determinadas por el tribunal.

Laudos

Las partes son libres de convenir la forma del laudo. En caso de no existir acuerdo al respecto, debe ser hecho por escrito, contener la fecha, indicar el asiento y ser firmado por todos los árbitros. Debe, también, contener las razones que lo fundan, salvo que las partes hayan acordado dispensarlas.

El laudo es final y vinculante para ellas y para cualquier persona que reclame a través de ellas. Esto no afecta al derecho de cualquier persona de cuestionar el fallo por cualquier proceso disponible de apelación.

Ejecución de los laudos

Un laudo puede ser ejecutado por orden judicial, de la misma manera que una resolución judicial en el mismo sentido.

Ejecución de laudos extranjeros

El Reino Unido es parte de la Convención de Nueva York.

3.1.8 El arbitraje en Grecia

Grecia cuenta con una de las leyes más modernas, aunque limitada al arbitraje comercial internacional: la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (N.º 2735/1999), de 18 de agosto de 1999. Asimismo, el Código Procesal Civil, artículos 867 a 903 establece las condiciones para que pueda iniciarse el arbitraje: que las partes lo hayan acordado y que el conflicto no esté relacionado con actos de acción pública. Completa el esquema legislativo sobre esta materia el Decreto Presidencial N.º 31, de 1979.

Los puntos más relevantes de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional griega son:

Forma del convenio de arbitraje

Según el Acta sobre Arbitraje Comercial Internacional, un convenio de arbitraje es un acuerdo de partes para someter a arbitraje todas o ciertas disputas que han surgido o pueden surgir entre ellas con respecto a una relación jurídica, ya sea contractual o no. Puede tener la forma de una cláusula en un contrato o constituir un acuerdo por separado.

El convenio debe ser hecho por escrito y puede estar contenido en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones.

Árbitros

A falta de convención de las partes, debe haber tres árbitros.

Jurisdicción

El tribunal arbitral está facultado para dictaminar acerca de su propia jurisdicción y de la existencia o validez del convenio de arbitraje. A ese efecto, una cláusula de compromiso arbitral que forma parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente. Una decisión del tribunal arbitral que entiende nulo el contrato no necesariamente implica la invalidación de la cláusula compromisoria.

Ninguna excepción de carencia de jurisdicción del tribunal arbitral puede ser interpuesta más tarde del envío de la declaración de la defensa. No empece el derecho de la parte de interponer tal excepción por el hecho de que haya elegido o participado en la elección de un árbitro.

El planteamiento de que el tribunal arbitral está excediendo los límites de su autoridad debe ser formulado tan pronto como la cuestión alegada de estar fuera del alcance del tribunal haya surgido durante los procedimientos arbitrales. El tribunal arbitral puede, en cualquier caso, admitir una excepción tardía si considera justificada la demora.

Prueba

Salvo acuerdo de partes en contrario, el tribunal arbitral está facultado para decidir si tendrán lugar audiencias orales o si los procedimientos serán conducidos sobre la base de documentos y otros materiales. Salvo que las partes hayan acordado que no habrá audiencias, el tribunal arbitral podrá ordenar esas audiencias en el estadio del procedimiento que considere apropiado, si una parte así lo solicita.

Las partes deben ser notificadas con suficiente antelación de cualquier audiencia o reunión del tribunal arbitral a efectos de producir prueba.

Todas las declaraciones, documentos u otra información provista al tribunal arbitral por una parte deben ser comunicadas a la otra. Cualquier informe de peritos o documental que constituya prueba sobre la cual el tribunal arbitral pudiere basarse para tomar su decisión debe ser igualmente comunicada a las partes.

Reglas aplicables al procedimiento

Las partes son libres de determinar por acuerdo las reglas del procedimiento. Caso de no hacerlo, el tribunal decide las más apropiadas.

Las partes son libres de convenir el idioma o idiomas a ser usados en los procedimientos. A falta de convención, lo determina el tribunal arbitral.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

El tribunal aplica las reglas de las leyes de fondo que hayan elegido las partes. Faltando tal designación, el tribunal aplica la ley sustantiva determinada por el derecho internacional privado que considere más apropiada al caso concreto.

El tribunal podrá decidir *ex aequo et bono* (como amigable componedor), sólo si las partes lo han autorizado expresamente para hacerlo. En todos los casos, debe decidir de acuerdo con los términos del contrato y tener en consideración los usos del comercio aplicables a la transacción.

Laudos

El laudo debe ser emitido por escrito y firmado por el árbitro o árbitros intervinientes y consignar las razones en las que se basa, salvo que las partes hayan acordado lo contrario. También debe contener la fecha y lugar del arbitraje.

Ejecución de los laudos

Un laudo arbitral no está sujeto a medios recursivos en su contra, siempre que el acuerdo de arbitraje no establezca la posibilidad de apelación ante otros árbitros o que el período en el cual tal apelación debía ser hecha haya finalizado.

Ejecución de laudos extranjeros

El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros está reglamentado por el decreto legislativo N.º 4220, del 19 de septiembre de 1961, sobre la ratificación de la Convención acerca del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

3.1.9 El arbitraje en los Países Bajos

Su Código de Procedimiento Civil dedica al arbitraje 56 artículos, del 1020 al 1076, y cuenta además con una Ley de Arbitraje de 1986. Entre los puntos más importantes, podemos destacar los siguientes:

Arbitrabilidad

Las partes pueden convenir someter a arbitraje disputas que surjan o puedan surgir entre ellas de una relación legal definida, ya sea contractual o no. El acuerdo de arbitraje no sirve para determinar consecuencias legales respecto aquello de que las partes no pueden disponer libremente.

Forma del convenio de arbitraje

El acuerdo de arbitraje debe ser probado por instrumento escrito.

Árbitros

Cualquier persona natural con capacidad legal puede ser designada árbitro. Salvo que las partes acuerden lo contrario, ninguna persona puede ser excluida de designación por razón de su nacionalidad.

Jurisdicción

El tribunal arbitral tiene el poder de decidir acerca de su propia jurisdicción, así como acerca de la validez del contrato del cual el convenio de arbitraje forma parte o con el cual está relacionado (principio de independencia de la cláusula arbitral).

Prueba

El tribunal arbitral puede, a solicitud de cada parte, permitirle producir pruebas testimoniales o pericias técnicas. El tribunal arbitral tiene poder para designar a uno de sus miembros para examinar a los testigos o expertos. El tribunal arbitral está facultado para ordenar la producción de documentos, asimismo, el tribunal tiene discrecionalidad en la valoración de la prueba.

Reglas aplicables al procedimiento

Los procedimientos deben ser conducidos de conformidad con lo acordado por las partes o, en lo no acordado por ellas, según lo determine el tribunal arbitral.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

El tribunal arbitral debe dictar su laudo de acuerdo con las reglas de la ley. Si las partes han elegido la ley a aplicar, el tribunal no puede apartarse de ella. Faltando tal elección, el tribunal arbitral decide de acuerdo con las reglas de la ley que considere apropiada. El tribunal arbitral decide como amigable componedor si las partes, por acuerdo, lo han autorizado. Y en todos los casos el tribunal arbitral deberá considerar cualquier uso y costumbre de comercio aplicable.

Laudos

A menos que las partes hayan convenido otra cosa, si el tribunal arbitral se compone de más de un árbitro, debe decidir por mayoría de votos. El laudo debe ser dado por escrito y firmado por los árbitros y, además, debe contener los nombres y direcciones de los árbitros y de las partes, la fecha y lugar de emisión y las razones de la decisión.

Ejecución de los laudos

Un laudo final o parcial (que no pueda ser abierto a apelación o a un segundo tribunal arbitral o que sea declarado provisoriamente ejecutable) puede ser ejecutado en los Países Bajos sólo después de que el presidente de la corte de distrito correspondiente haya dado la pertinente autorización a pedido de parte.

Ejecución de laudos extranjeros

Un laudo arbitral dictado en un estado extranjero al que le es aplicable un tratado concerniente a reconocimiento y ejecutabilidad puede ser reconocido y ejecutado en los Países Bajos. El laudo dictado en un estado extranjero al que no le es aplicable ningún tratado concerniente a reconocimiento y ejecutabilidad, puede también ser reconocido y ejecutado si se acompaña el original del acuerdo de arbitraje y del laudo o sus copias certificadas.

3.1.10 El arbitraje en Irlanda

La Ley de Arbitraje, que se centra fundamentalmente en el arbitraje comercial internacional, data de 1980, aunque fue modificada en 1998. Los puntos más importantes son los siguientes:

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje es un acuerdo por escrito que refiere disputas presentes o futuras a arbitraje, se nombre allí a un árbitro o no.

Árbitros

Salvo manifestación expresa en contrario en el convenio de arbitraje, se entiende que habrá un solo árbitro. A menos que se exprese lo contrario en el convenio, si las partes han hecho

referencia a que la cuestión será resuelta por dos árbitros, se entiende que ellos dos deberán designar un *umpire* (persona que hace de árbitro), inmediatamente después de haber sido designados.

Si el convenio hace referencia a tres árbitros, uno elegido por cada parte y el tercero designado por los dos elegidos por las partes, debe entenderse que las partes se refirieron a un *umpire* y no a la designación de un tercer árbitro. Pero si se conviene que haya tres árbitros a ser designados de manera distinta a la mencionada (uno por cada parte y el tercero por aquellos dos), el laudo de cualesquiera dos de ellos tiene efecto vinculante para las partes.

Prueba

Salvo convenio en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede disponer que una parte del acuerdo de arbitraje o un testigo que vaya a declarar en los procedimientos ante el tribunal arbitral sea examinado bajo juramento.

Laudos

En principio, el árbitro o *umpire* tiene poder para dictar su laudo en cualquier término. A menos que se disponga lo contrario, se entiende que todo convenio de arbitraje incluye una provisión en el sentido de que el laudo dictado por el árbitro será final y vinculante a todos los efectos, entre las partes y las personas que lo invoquen.

Ejecución de los laudos

Un laudo dictado por un tribunal arbitral bajo convenio de arbitraje puede —con autorización de la corte— ser ejecutado de la misma manera en que puede serlo una decisión judicial.

Ejecución de laudos extranjeros

Nada de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 1998 en lo referente a la ejecutabilidad afecta el reconocimiento o ejecutabilidad de un laudo bajo la parte V de la Ley de Arbitraje de 1954 (ejecutabilidad de los laudos bajo la convención de Ginebra) ni las partes III y IV de la Ley de Arbitraje de 1980 (ejecutabilidad de los laudos bajo las convenciones de Nueva York y Washington).

Según la Ley de Arbitraje de 1998, un laudo extranjero sujeto a las provisiones legales es ejecutable en Irlanda ya sea por acción o de la misma manera en que es ejecutable un laudo no extranjero. Debe acompañarse el laudo original o su copia certificada, el acuerdo de arbitraje original o su copia certificada y la traducción, en su caso.

Cualquier laudo extranjero que sea ejecutable es vinculante a todos los efectos para todas las personas respecto de quienes fue dictado.

Para que un laudo extranjero sea ejecutable debe haber sido dictado con motivo de un acuerdo de arbitraje válido bajo la ley que lo regía. Debe haber sido hecho por el tribunal dispuesto en el acuerdo o constituido de manera convenida por las partes. Debe haber sido dado de conformidad con la ley del procedimiento del arbitraje. Debe haber sido final en el país donde fue dictado. Debe haber resuelto una cuestión que legalmente pudo haberse sometido a arbitraje bajo la ley del estado; y su ejecución no debe ser contraria al bien común o a la ley del estado (Ley de Arbitraje de 1998).

3.1.11 El arbitraje en Italia

El Código de Procedimiento Civil, actualizado en el año 2000, dedica al arbitraje su título VIII.

Arbitrabilidad

Las partes pueden someter a arbitraje las disputas que surjan entre ellas, con excepción de aquellas concernientes al estado de las personas, a la separación marital, a cuestiones laborales (salvo previsión en contrario en contratos colectivos de trabajo), a la asistencia médica, a la seguridad social y todas aquellas que involucren derechos que no pueden ser disponibles por las partes.

Forma del convenio de arbitraje

El acuerdo de arbitraje debe ser formalizado por escrito e indicar el objeto que habrá de ser materia de la disputa, bajo pena de nulidad. El acuerdo es incluso considerado como hecho por escrito cuando la intención de las partes es expresada en un telegrama o telex. Las partes pueden convenir en sus contratos o en un documento separado que las disputas que surjan del contrato sean decididas por árbitros (cláusula compromisoria), siempre y cuando tales disputas puedan ser objeto de un acuerdo de arbitraje.

Las disputas del artículo 409 (disputas laborales) pueden ser resueltas por árbitros sólo si está previsto en los convenios colectivos de trabajo y si —bajo pena de nulidad— el derecho de las partes a recurrir a la vía jurisdiccional no es afectado. La cláusula compromisoria es nula e inválida si autoriza a los árbitros a decidir *ex aequo et bono* o declara que no habrá recurso contra el laudo.

La validez de la cláusula compromisoria se examina independientemente del contrato subyacente; sin embargo, el poder para estipular un contrato incluye el poder de acordar sobre la cláusula compromisoria.

Prueba

Los árbitros pueden llamar a declarar a testigos ante sí o escuchar su declaración en la casa u oficina de éstos.

Reglas aplicables al procedimiento

Las partes pueden determinar la sede del arbitraje en el territorio de la república. En caso contrario, el asiento se determina por los árbitros en su primer encuentro. Las partes pueden establecer las reglas de procedimiento a ser seguidas por los árbitros en el convenio de arbitraje, en la cláusula compromisoria o en un documento escrito separado, siempre y cuando se haga antes del comienzo de los procedimientos de arbitraje. Faltando tales provisiones, los árbitros pueden regular los procedimientos como ellos consideren. En cualquier caso, son ellos quienes fijan los límites temporales del proceso.

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el idioma de los procedimientos es determinado por los árbitros, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

Las partes pueden acordar las normas a aplicar o decidir que los árbitros resuelvan *ex aequo et bono*. Si las partes guardan silencio, se aplica la ley con la que la relación tenga su conexión más cercana. En ambos casos, los árbitros deben tener en cuenta lo previsto en el contrato y los usos y costumbres comerciales.

Laudos

La deliberación se hace por mayoría de votos de los árbitros reunidos en conferencia personal o videoconferencia, salvo que las partes acuerden lo contrario por escrito.

Ejecución de laudos extranjeros

Salvo los casos expresamente contemplados en la ley (disputa que no puede ser objeto de acuerdo de arbitraje y laudos que contienen provisiones contrarias al bien público), los laudos extranjeros son ejecutables en Italia a petición de la parte presentante, ante el presidente de la corte de apelación correspondiente. Si la parte no tiene domicilio en Italia, es competente la corte de apelación de Roma. El peticionario debe suministrar el laudo original o una copia certificada, junto con el acuerdo original de arbitraje, documento equivalente o copia certificada y las correspondientes traducciones al italiano, en su caso.

Cuando a la fecha de la firma del convenio de arbitraje o de la cláusula compromisoria, al menos una de las partes tenga su domicilio principal o asiento de negocios en el extranjero, o cuando una parte sustancial de las obligaciones emergentes de la relación a la cual la disputa se refiere deba ser ejecutada en el extranjero, se aplican las previsiones del Código de Procedimiento Civil en lo referente al arbitraje. En todo caso, también se aplica lo previsto en las convenciones internacionales.

3.1.12 El arbitraje en Luxemburgo

El arbitraje se encuentra legislado en los artículos 1224 a 1251 del Nuevo Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo. Sus provisiones se aplican en materia comercial y civil, con algunas excepciones (por ejemplo, no resulta apropiado para cuestiones matrimoniales, de estado civil de las personas, ni de capacidad, etc.).

Aparte del Nuevo Código de Procedimiento Civil, el parlamento de Luxemburgo ha ratificado la Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961 y las modificaciones de París del 17 de diciembre de 1982, así como la Convención de Nueva York, de 1958. No hay leyes que contemplen la mediación, excepto en el campo criminal. Algunas provisiones especiales referentes a arbitraje se aplican en relación con la protección del consumidor.

Aspectos más importantes del Nuevo Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo:

Arbitrabilidad

Todas las personas pueden someter a arbitraje aquellos derechos respecto de los cuales tienen libre disposición. No se pueden someter a este procedimiento las causas que conciernen al estado civil y la capacidad de las personas, las relaciones conyugales, las demandas de divorcio y de separación, la representación de los discapacitados, las causas de discapacidad, ni de las personas ausentes o presuntas ausentes.

Forma del convenio de arbitraje

El compromiso puede ser hecho por procedimiento verbal ante los árbitros elegidos, por acto ante notario o por documento privado. El compromiso debe designar los objetos en litigio y los nombres de los árbitros, bajo pena de nulidad. La promesa de arbitraje no se encuentra sometida a dicha regla.

Árbitros

Salvo disposición en contrario de las partes, la disputa debe ser resuelta por tres árbitros. Cada parte debe elegir uno y estos dos, al tercero.

Reglas aplicables al procedimiento

Las partes y los árbitros deben seguir, durante el procedimiento, los plazos y las formas establecidas por los tribunales, salvo convención en contrario. Los árbitros deben decidir de acuerdo con las reglas del derecho a menos que el compromiso les dé poder de proceder como amigables componedores. En caso de que las partes no convengan otra cosa, la misión de los árbitros no durará más de tres meses desde el día del compromiso.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

Los árbitros decidirán de acuerdo con las reglas del derecho, a menos que el acuerdo arbitral los haya facultado a pronunciarse como amigables componedores.

Laudos

Los laudos arbitrales no pueden, en ningún caso, ser opuestos a terceros.

Ejecución de los laudos

El laudo se vuelve ejecutorio por una ordenanza del tribunal del distrito correspondiente.

Ejecución de laudos extranjeros

El *exequátur* de un laudo dictado en el extranjero es otorgado por el presidente del tribunal de distrito.

3.1.13 El arbitraje en Portugal

Regula el tema a través de dos normas complementarias. La Ley de Arbitraje Voluntario, Ley 31/1986, de 29 de agosto, y el Decreto 425/1986, de 27 de diciembre, que crea los centros de arbitraje voluntario institucional.

Arbitrabilidad

Cualquier disputa relativa a derechos disponibles, que no ha sido sometida por un acto especial a una corte o a arbitraje compulsivo, puede ser sometida por las partes a decisión de árbitros.

Forma del convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje debe ser hecho por escrito. Un convenio de arbitraje incluido ya sea en un documento firmado por las partes o proveniente de un intercambio de cartas, telex, telegramas u otro medio de telecomunicación del cual hay una prueba escrita, es considerado como concluido por escrito.

Árbitros

Los árbitros deben ser personas individuales y plenamente capaces. El tribunal puede estar constituido por un solo árbitro o por varios, en número impar. Si las partes nada han dispuesto al respecto, debe componerse de tres.

Jurisdicción

El tribunal arbitral puede pronunciarse sobre su propia competencia, aunque para ese fin sea necesario apreciar la existencia, validez o eficacia del convenio de arbitraje o del contrato en el que está inserto, o la aplicabilidad del referido convenio. La nulidad del contrato en el que se inserta un convenio de arbitraje no acarrea la nulidad de éste, salvo cuando se demuestre que el contrato no habría sido concluido sin la referida convención.

Prueba

Cualquier prueba aceptada por la ley de procedimiento civil puede ser presentada ante el tribunal arbitral. Si una de las partes o una tercera persona rehusan la necesaria cooperación en la producción de la prueba, una parte puede, con permiso del tribunal arbitral, requerir a un tribunal judicial que tome la prueba y envíe los resultados al tribunal.

Reglas aplicables a los procedimientos

Las partes pueden acordar, ya en el convenio de arbitraje o en un documento escrito subsiguiente concluido antes de la aceptación del primer árbitro, acerca de las reglas de procedimiento a ser seguidas en el arbitraje, así como acerca del lugar del arbitraje. Faltando la decisión de las partes a este respecto, las reglas y el lugar son decididos por los árbitros.

En cualquier caso, los trámites procesales de arbitraje deben respetar los siguientes principios fundamentales: las partes deben ser tratadas con absoluta igualdad; el demandado debe ser citado para defenderse; en todas las fases del proceso debe garantizarse la estrecha observancia del principio de contradicción y ambas partes deben ser oídas, oralmente o por escrito, antes de dictarse la decisión final.

Normas aplicables a la sustancia de la disputa

Los árbitros juzgan de acuerdo a derecho a menos que las partes en la convención de arbitraje o en documento firmado hasta la aceptación del primer árbitro, los autoricen a juzgar en equidad.

Laudos

La decisión arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia de Tribunal de Primera Instancia.

Ejecución de los laudos

Después de que ha sido notificado a las partes y, de ser necesario, depositado en el tribunal judicial conforme a las provisiones legales, el laudo adquiere fuerza de cosa juzgada. El laudo es ejecutable en los mismos términos que un fallo de tribunal de primera instancia. El procedimiento para la ejecución del laudo tiene lugar ante el Tribunal de Primera Instancia y debe seguir las condiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Civil.

Arbitraje internacional

El arbitraje es considerado internacional cuando se encuentran en disputa intereses de comercio internacional. Las partes pueden elegir la ley a ser aplicada por los árbitros, salvo que ellas los hayan autorizado a decidir de acuerdo a equidad. Faltando tal elección por las partes, el tribunal debe aplicar la ley más apropiada a la disputa.

Es de destacar que tratándose de arbitraje internacional, la decisión del tribunal no es recurrible, a menos que las partes hayan convenido la posibilidad de recurso y regulado sus términos.

3.1.14 El arbitraje en Suecia

Este país nórdico cuenta con una moderna Ley de Arbitraje, que data del 4 de marzo de 1999 (SFS 1999:116). Podemos destacar los siguientes puntos:

Arbitrabilidad

Pueden someterse a arbitraje, por acuerdo, aquellas disputas sobre cuestiones respecto de las cuales las partes pueden llegar a un acuerdo. Tal acuerdo puede referirse a futuras disputas vinculadas con una relación legal especificada en el acuerdo.

Un acuerdo de arbitraje anterior a la disputa no puede ser invocado en el caso de disputas entre una empresa comercial y un consumidor acerca de bienes, servicios u otros productos suministrados principalmente para uso privado.

Forma del convenio de arbitraje

Si bien la ley no exige que sean hechos por escrito, esto es lo más usual.

Árbitros

Los árbitros deben ser tres. Cada parte elige un árbitro y los árbitros así elegidos designan el tercero.

Jurisdicción

Los árbitros pueden decidir acerca de su propia jurisdicción para resolver la disputa. Ello no impide que un tribunal pueda dirimir tal cuestión a requerimiento de parte. A pesar de que los árbitros hayan determinado que poseen jurisdicción para resolver la disputa, esa decisión no es vinculante.

Prueba

Las partes deben aportar la prueba. Sin embargo, los árbitros pueden designar peritos, a menos que ambas partes se opongan. Los árbitros pueden negarse a admitir prueba por ser manifiestamente irrelevante para el caso u ofrecida fuera de término. Los árbitros no pueden tomar juramentos ni pueden imponer multas condicionales ni otro tipo de medidas compulsivas a fin de obtener la prueba requerida.

Si una parte desea que un testigo o perito declare bajo juramento o que una parte sea examinada bajo afirmación de verdad, debe solicitarlo ante la corte de distrito, una vez que haya sido consentido por los árbitros.

Laudos

Los laudos deben ser hechos por escrito y firmados por todos los árbitros y debe indicar el lugar del arbitraje y la fecha.

Ejecución de los laudos extranjeros

Un laudo extranjero basado en un acuerdo de arbitraje puede ser reconocido y ejecutado en Suecia salvo que incluya determinaciones sobre cuestiones que, de acuerdo con la ley sueca, no puedan ser decididas por árbitros, que reconocerlo y ejecutarlo fuera claramente incompatible con el sistema legal sueco o que configure uno de los casos dispuestos en las secciones 54 y 60 de la Ley de Arbitraje (falta de capacidad para convenir el arbitraje, invalidez del acuerdo, etc.).

El pedido de ejecución de un laudo extranjero debe ser presentado ante la corte de apelación sueca, adjuntando el laudo original o su copia certificada y su traducción al sueco, en su caso.

3.2 EL ARBITRAJE Y LA UNIÓN EUROPEA

La principal peculiaridad del sistema de arbitraje en la Unión Europea en la actualidad es que el sistema que podría denominarse europeo, porque afecta a todos los países de la Unión, no es sin embargo europeo, mientras que el sistema propiamente europeo no es tal, ya que no afecta a todos los países de la Unión.

Lo anterior, que podría parecer un trabalenguas sin sentido, es fruto de la inexistencia de una normativa europea sobre arbitraje común y vinculante para todos los estados miem-

bros, que se suple acudiendo a los vigentes tratados Internacionales que, lógicamente, son de adscripción voluntaria.

Así pues, el marco convencional multilateral que en el espacio judicial europeo regula el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, que no la realización de los arbitrajes propiamente dichos, es un instrumento extracomunitario, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958, toda vez que se trata de un tratado firmado y ratificado por todos los países miembros de la Unión Europea y por consiguiente de aplicación en todos ellos.

Ahora bien, al afectar el tratado al reconocimiento y ejecución de laudos de otros países y poder darse la circunstancia de que los procedimientos de arbitraje sean diferentes e incluso parcialmente contradictorios, se han planteado numerosos problemas y opiniones doctrinales distintas, de forma que la práctica jurisprudencial de los estados miembros sobre el alcance de la Convención de Nueva York no sea uniforme.

Junto a la Convención de Nueva York, la otra fuente internacional a citar es el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial e Internacional o Convenio de Ginebra de 1961. Por tratarse de un convenio circunscrito al ámbito europeo debería ser la normativa básica lógica en Europa, pero ya hemos adelantado que no es así.

El objetivo prioritario del convenio es fomentar el recurso del arbitraje entre los países de la Europa Oriental y Occidental, lógicamente en terminología de 1961, pero hasta la fecha tan sólo 9 países de la Unión lo han ratificado, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia y Luxemburgo. Esta limitación es la que impide que el convenio europeo sea el marco normal de aplicación de arbitrajes en la Unión Europea y que ésta haya de acudir a un instrumento extraeuropeo, la Convención de Nueva York, de la que sí son firmantes todos los estados miembros de la Unión.

La segunda peculiaridad del sistema de arbitraje en la Unión Europea es que al margen de los convenios extracomunitarios citados, el único convenio comunitario que hace referencia al tema de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, lo hace curiosamente para excluir expresamente el arbitraje de su ámbito de aplicación.

El antiguo artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actual artículo 293, contiene un mandato expreso a los estados miembros: “Los estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales: ... la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”.

Para desarrollar dicho mandato, los estados miembros han elaborado, entre ellos, una serie de convenios complementarios. Son convenios cerrados, cuya interpretación se lleva a cabo de modo uniforme por el tribunal de justicia, que exigen una reelaboración del texto cuando un nuevo estado se incorpora al mismo a través de un convenio de adhesión que ha de ser incorporado tanto por el nuevo estado miembro, como por los que ya formaban parte del convenio.

Esta técnica ha dado lugar a dos convenios. El Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil mercantil, de 27 de septiembre de 1968, y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, aunque este último se considera una prolongación natural del anterior y no un convenio propiamente dicho derivado del citado artículo 220 del tratado.

En definitiva, el Convenio de Bruselas es el único convenio que viene a desarrollar el mandato del artículo 220 del tratado y por consiguiente hubiera sido el marco adecuado para regular tanto la ejecución de los laudos arbitrales como un procedimiento de arbitraje europeo. Y sin embargo no ha sido así, pues el propio convenio, en su título y al definir su ámbito de aplicación material, declara expresamente excluido del mismo, entre otros aspectos, el arbitraje.

La última iniciativa a destacar en este campo, es la adoptada por la Comisión Europea de elaborar el *Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil*. Iniciados los trabajos en el año 2002, se pretende que estén finalizados para el 2003 y que en dicho año se pueda abordar un amplio debate, pues los MESC, que el Libro Verde denomina ADR (*Alternative Dispute Resolution*), han pasado a representar una prioridad política para las Instituciones de la Unión Europea. Prioridad que va más allá de la regulación de las ADR y que pretende implantarlas en el ámbito telemático.

Así, el Libro Verde, al exponer sus objetivos, dice que “Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (ODR, por *Online Dispute Resolution*) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet”.

No obstante y en línea con el Convenio de Bruselas, el Libro Verde excluye de su estudio al arbitraje propiamente dicho, ya que “el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de la justicia”.

El Libro Verde finaliza con cuarenta preguntas abiertas a los profesionales, expertos e interesados en general, encaminadas a configurar un corpus del que partir para elaborar una verdadera normativa comunitaria que convierta en realidad el sistema de medios alternati-

vos de solución de conflictos, incluso a través de Internet, aunque, de momento, con exclusión del sistema de arbitraje propiamente dicho.

El sistema deberá cumplir un doble requisito. Preservar la calidad en los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, pero sin mengua de su positiva y eficaz flexibilidad. Además, en el debate y análisis habrá que determinar si el enfoque ha de ser sectorial o global y si han de tratarse de modo distinto los medios extrajudiciales de solución de conflictos a través de Internet (ODR) o pueden serles de aplicación directamente los criterios generales de los demás.

4

CAPÍTULO 4

ESTADO DE LA SITUACIÓN DE LOS MESC EN ESPAÑA

Los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos (MESC), y especialmente la mediación más que el arbitraje propiamente dicho, cuentan con una amplísima tradición en España, aunque con resultados y aceptación distintos según los ámbitos de actuación.

Ya las *Partidas*, al hablar de los jueces, decían que dicha voz incluía a aquellos “que son llamados en latín árbitros: que muestra tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos, para librar algún pleyto señalado, con otorgamiento de ambas partes”.

Los jurados han sido desde la Edad Media una útil forma de solucionar conflictos en el ámbito de las Comunidades de Regantes. El más famoso de dichos jurados, el Tribunal de las Aguas de Valencia, sigue funcionando con plena eficacia desde 1239.

Las ordenanzas de los colegios de abogados, ya desde el siglo XVI, introducían la obligación de acudir a la mediación del decano como forma de solventar los conflictos entre abogados y aunque dicha obligación se ha convertido en facultad en el último Estatuto General de la Abogacía, la labor mediadora del decano en conflictos entre abogados y entre estos y sus clientes, sigue cumpliendo una importante función. Muestra de dicha utilidad es que la función mediadora se fue introduciendo en las ordenanzas de los distintos colegios profesionales que fueron creándose en otras profesiones liberales a partir del siglo XIX y muy especialmente en la segunda mitad del siglo XX.

La bondad de la mediación llevó a que varias ordenanzas municipales, como las de Burgos y Sevilla en el siglo XVI o las de Bilbao en el XVIII exigieran haber intentado conciliar previamente cualquier reclamación que hubiera de formularse. Incluso la Constitución de 1812 exigía como paso previo al ejercicio de acciones civiles ante los órganos judiciales el haber intentado resolver el conflicto por medio de la conciliación. La exigencia de un intento de conciliación previa se recogió en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente hasta las modificaciones que precedieron a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y persiste en el procedimiento

laboral, aunque, por lo menos en el ámbito civil, se llegó a convertir en un trámite previo de escasa eficacia al no existir el “mediador” que impulsara el acuerdo.

Pese al precedente de la Ley de Arbitraje Privado, de 22 de diciembre de 1953, no es hasta 1988 que España cuenta con una verdadera regulación del arbitraje, concebido en la ley de 1953 exclusivamente para el campo de las relaciones jurídicas de derecho civil, pero no para el mercantil y menos aún para el tráfico internacional.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, introdujo novedades como la eliminación de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el de compromiso; el principio de libertad formal en el convenio arbitral; y sobre todo la posibilidad de que las partes difieran a un tercero el nombramiento de los árbitros. Dotó de un amplio margen de autonomía a la voluntad de las partes en el procedimiento arbitral, si bien adoptando las cautelas lógicas frente a la posibilidad de situaciones de desigualdad contractual en que pueden encontrarse las partes y garantizando el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

La entrada en vigor de la Ley de Arbitraje ha permitido incorporar al sistema de arbitraje distintos sectores muy específicos, unos *ex novo* y otros a través de la asunción de su normativa específica y preexistente a la ley, a través de la disposición adicional primera de la misma, lo que permite hablar de un arbitraje común y de unos arbitrajes específicos.

4.1 EL ARBITRAJE COMÚN

El arbitraje común es el que resulta de la aplicación de la Ley de Arbitraje (LA) de 1988 a los supuestos previstos directamente en la misma.

Conforme a la ley de 1988, cualquier materia puede ser en principio objeto de arbitraje, siempre, por supuesto, que no haya recaído en las mismas sentencia judicial firme, y aún en estos casos cabría someter a arbitraje determinados problemas que podrían surgir con motivo de la ejecución o cumplimiento de la sentencia, especialmente cuando se trata de ejecuciones dilatadas en el tiempo o que requieren de una agilidad hoy por hoy reñida con la ejecución judicial. Por supuesto tampoco cabe solución arbitral en los temas en que interviene el Ministerio Fiscal, bien porque actúa en defensa de los derechos de terceros que no pueden actuar por sí mismos, menores, incapaces, etc., bien por tratarse de asuntos sujetos a la jurisdicción Penal.

Desde el punto de vista subjetivo, pueden someterse a arbitraje tanto los conflictos surgidos entre personas físicas, como los surgidos entre éstas y personas jurídicas o entre personas jurídicas directamente.

El principio de plena autonomía de las partes que inspira la LA permite que cualquiera de las partes pueda desistir del procedimiento en cualquier momento, o suspenderlo de común acuerdo con la otra parte durante un período de tiempo, siempre que no se haya emitido el laudo arbitral.

Los árbitros han de ser personas físicas. Esto no quiere decir que el arbitraje no pueda ser hecho por un grupo de árbitros, un colegio arbitral, pero el que los árbitros sean varios, siempre en número impar para facilitar la toma de decisiones, no empece para nada en que cada uno actúe desde su individualidad. Por la misma razón, aunque una persona jurídica no pueda actuar como árbitro, no es infrecuente y no hay inconveniente en ello en designar a un organismo, por ejemplo un Colegio de Abogados, una Asociación, una Cámara de Comercio, etc., para el arbitraje, si bien dicho organismo deberá designar el árbitro o árbitros que de forma individual o colegial lleven a cabo el arbitraje *strictu sensu*.

Todo arbitraje puede ser de equidad o de derecho. Para actuar como árbitro en equidad no es necesario contar con ninguna titulación especial, basta con estar en plena posesión de los derechos civiles y gozar de capacidad suficiente o especialización en la materia. Para actuar como árbitro en derecho es necesario, además, ser abogado en ejercicio. La LA no exige tener la nacionalidad española, lo que no supone inconveniente alguno para el supuesto de los árbitros en equidad, pero sí puede suponerlo para los árbitros en derecho, ya que han de ser abogados en ejercicio y el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio, exige para poder ser abogado en ejercicio en su artículo 13 el tener la nacionalidad española o de algún estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo aprobado el 2 de mayo de 1992.

Están excluidos de la posibilidad de actuar como árbitros quienes desempeñan una función pública al servicio de la administración de justicia, jueces, magistrados, fiscales, o quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel, corredores de comercio, notarios y registradores.

El número de árbitros debe ser siempre impar, no existiendo ninguna referencia al número máximo de árbitros con que se puede constituir un tribunal, si bien suele ser de tres miembros el colegio arbitral más habitual. El laudo se decide siempre por mayoría de votos, y en el caso de que haya un improbable empate decide el voto del presidente.

No puede haber arbitraje sin previa aceptación por escrito de los árbitros de su designación, iniciándose el procedimiento a partir de esta aceptación, que obliga a los árbitros, y los hace responsables civil y penalmente de su actuación, tanto desde un punto de vista doloso como culposo. Y de la misma forma que el árbitro no está obligado a aceptar, las partes que se someten a arbitraje tampoco lo están a admitir sin más al árbitro o árbitros designados, pudiendo recusar su designación, si bien no por capricho, sino por las causas tasadas en la propia ley.

Una vez que los árbitros han aceptado su nombramiento y función, comienza el procedimiento arbitral, que ha de sujetarse a los pasos y planteamientos establecidos por la LA y que se impulsa de oficio por los árbitros, independientemente de la actitud de colaboración o no de las partes implicadas.

No existen plazos específicos para las distintas fases del procedimiento, buscando dotar de la mayor libertad de acción a los árbitros, si bien sí existe un plazo global para la realización del arbitraje, cuyo laudo debe dictarse en el plazo máximo de seis meses desde que se aceptó el arbitraje. El transcurso de dicho plazo sin haber emitido laudo deja sin efecto el convenio arbitral y deja expedita la vía jurisdiccional.

El laudo, o decisión final del árbitro o colegio arbitral, ha de ponerse por escrito, identificando a las partes, el lugar de emisión del mismo (circunstancia muy importante a la hora de determinar el tribunal en el que se puede interponer recurso de anulación), detallando la cuestión sometida a arbitraje así como la relación de pruebas que se han practicado, las alegaciones de las partes y la decisión final a la que se ha llegado. Asimismo, ha de hacerse mención expresa a las costas del arbitraje y finalizar con las rúbricas de todos los árbitros.

El laudo arbitral ha de protocolizarse ante un Notario y ser notificado en forma fehaciente a las partes para tener validez y surtir efectos, efectos que, una vez firme, son idénticos a los de la cosa juzgada en las sentencias judiciales. No obstante, la propia ley establece algunas excepciones a la obligación del protocolo del laudo, excluyendo en la disposición adicional primera a los laudos emitidos al amparo de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Ordenación del Seguro Privado, Ley de Ordenación del Transporte Terrestre y Ley de la Propiedad Intelectual.

El laudo así emitido y debidamente notificado puede ser impugnado ante la Audiencia Provincial correspondiente al lugar de realización del arbitraje en el plazo de 10 días desde la notificación, siendo cinco las causas de impugnación que establece la LA: cuando el convenio arbitral sea nulo, cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de su actuación no se hubiesen observado las formalidades de rigor, cuando el laudo se dicte fuera de plazo, cuando los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas al arbitraje de mutuo acuerdo y cuando el laudo sea contrario al orden público.

En caso de recurrirse el laudo, la LA permite interesar al juez de primera instancia que proceda, la adopción de las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la efectividad del laudo en su momento.

4.2 LOS ARBITRAJES ESPECÍFICOS

Junto al sistema general y básico de arbitraje previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, Ley de Arbitraje, el Ordenamiento Jurídico español contempla algunos sistemas de arbitrajes específicos. Algunos vienen especialmente ratificados por la propia Ley de Arbitraje en su disposición adicional primera; otros, no recogidos en dicha disposición adicional, sin embargo se prevén o se desprenden de otros preceptos de la misma ley; otros, en fin, dimanán de normas o necesidades específicas. Sin ánimo de exhaustividad, haremos un somero repaso de los más importantes.

4.2.1 Arbitrajes específicos recogidos en la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje

El arbitraje de transportes

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, introdujo la institución del arbitraje en el ámbito del transporte, creando las juntas arbitrales de transporte.

Aunque existía un cierto antecedente en las llamadas juntas de Detasas, creadas en 1932, y en las juntas de Conciliación e Información, nombre con el que se pasó a denominar a las anteriores a partir del Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio, lo cierto es que ni unas ni otras llegaron a funcionar plenamente, pudiendo remitirnos a la ley de 1987 como primer intento serio y real de introducir el mecanismo del arbitraje con carácter generalizado en el mundo del transporte.

Creadas, pues, las juntas arbitrales de transporte por la precitada Ley 16/1987, su inclusión en el ámbito específico de la Ley 36/1988, de 7 de diciembre, de Arbitraje se establece de forma expresa en la disposición adicional primera de esta última. El desarrollo reglamentario se efectuó por RD 1211/1990, de 28 de septiembre, aplicándose la ley de Arbitraje como supletoria para todo lo no previsto en la ley específica y en el Reglamento.

Las juntas arbitrales de transporte, existentes en todas las Comunidades Autónomas, tienen competencias para decidir en dos tipos de controversias: en las surgidas con motivo del cumplimiento de los contratos de transportes terrestres y de las actividades auxiliares y complementarias de dichos transportes (agencias de transporte, agencias de viajes, centros de información y distribución de carga, almacenistas y distribuidores, tránsito, estaciones de transportes por carretera y arrendamientos de servicios); y en las surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transportes terrestres, tanto de viajeros como de mercancías.

Para el cumplimiento de sus funciones, las juntas arbitrales de transporte disponen de una serie de competencias de diferente alcance: resolver las controversias de carácter mercantil (no las de carácter laboral y mucho menos las de índole penal), emitir informes y dictámenes, actuar como depositarias de determinadas mercancías de cara a garantizar los derechos del transportista, y realizar peritajes.

Las juntas arbitrales son órganos colegiados constituidos por un presidente y cuatro vocales, todos ellos designados por la respectiva Comunidad Autónoma, tras el proceso de transferencias desde el Ministerio de Transportes realizado al amparo de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio. En general existe una junta arbitral en cada capital de provincia y, a veces, en otras ciudades importantes.

Cualquier usuario, transportista, cargador o intermediario, que sea parte contratante en un transporte, puede acudir a la junta arbitral, sin abogado ni procurador. La intervención de las juntas es gratuita, siendo dicha junta el órgano institucional que sustituye a los juzgados y tribunales en las reclamaciones de su competencia.

El artículo 38.2 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre establecía la obligatoriedad de someter al arbitraje de las juntas las controversias económicas que no excedieran de 3 005,06 euros, siendo voluntaria la sumisión a arbitraje de las que excedieran de dicho importe. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 23 de noviembre de 1995, declaró inconstitucional dicho precepto por cuanto al hacer obligatorio el arbitraje y exigir un pacto expreso para evitarlo y acceder a la vía judicial “está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que resulta contrario al artículo 24 de la Constitución”.

La postura del Tribunal Constitucional resultó contraria a la tesis del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del estado y de la Audiencia Provincial de Madrid, que consideraban que la obligatoriedad del arbitraje no excluía el posterior acceso a la vía jurisdiccional, por lo que no afectaba para nada al derecho constitucional de acceso a la tutela judicial efectiva, e incluso dicha obligatoriedad venía a suponer un apoyo a la mejora del funcionamiento de la justicia al posibilitar la solución de numerosos litigios de mínima cuantía sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial.

En cuanto al procedimiento a seguir, lo más significativo del mismo es su gratuidad, salvo los gastos derivados de la práctica de la prueba que la propia parte pretenda, que tras los escritos de las partes finaliza con una vista oral y que no es necesaria la asistencia de abogado ni la representación por procurador. El laudo se decide por mayoría simple y no precisa de motivación al entenderse que se trata de un arbitraje de equidad. Así lo tiene dicho la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 27 de mayo de 1994.

El arbitraje de consumo

También en este caso es la propia LA la que se configura como garante y reguladora básica de este sistema arbitral específico, cuando en su disposición adicional primera dice que será de aplicación a los arbitrajes que se hagan al amparo de lo previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios.

El recurso a la solución arbitral como forma de resolver las controversias y reclamaciones que se produzcan en el marco general de los usuarios y consumidores, se encuentra regulado en el Capítulo VIII de la Ley General para la Defensa de Usuarios y Consumidores, bajo la rúbrica “Garantías y Responsabilidades”. Peculiaridad específica de este sistema es su configuración tripartita, ya que la implantación de cualquier sistema arbitral en este ámbito exige la previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, previa presencia de las administraciones públicas afectadas.

Se trata de un arbitraje institucional en el que se exige particular claridad y concreción para el convenio arbitral, ya que se trata de convenios “por referencia”, esto es establecidos en contratos de adhesión con consumidores. Se trata de un sistema de especial protección y garantía de los derechos del consumidor en una sociedad de consumo, en el que la negativa del consumidor o usuario a someterse al convenio arbitral no es óbice para la celebración del contrato principal.

En realidad se trata de una atipicidad que viene a contradecir los propios principios de la LA, que exige que el arbitraje ha de ser voluntario y constar expresamente por escrito. Atipicidad que se justifica en la muy especial protección que se quiere dar a los derechos del consumidor o usuario en una sociedad que estructura su sistema económico en torno al mismo, pero que es consciente de la situación de desigualdad patente en que se encuentra.

Porque si hubiera que fijar las características propias del arbitraje de consumo, la primera de ellas sería precisamente la habitual situación de desigualdad entre las partes, en perjuicio del consumidor o usuario, afectadas por la cuestión litigiosa, siendo la segunda característica la habitual escasa cuantía de las reclamaciones. Escasa, todo hay que decirlo, en términos relativos y que viene a incidir en esa desigualdad ya citada, pues mientras para una parte asumir el arbitraje tiene como finalidad evitar el pleito, para la otra, el consumidor o usuario, es mucho más trascendental e importante.

El sistema arbitral de consumo implica un convenio arbitral claro y específico, la existencia de un convenio arbitral de referencia y la sumisión a un procedimiento ausente de formalidades, cuyo laudo tiene idénticos efectos a la cosa juzgada, ser vinculante y ejecutivo. La discordancia de este último aspecto con lo establecido con carácter general en la Ley de Arbitraje y con las exigencias constitucionales, se han solventado con el RD 636/1993, que re-

gula el sistema arbitral de consumo en orden al desarrollo del artículo 31 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Intervienen dos tipos de órganos, uno encargado de la administración del arbitraje que son las juntas arbitrales, y otros, los colegios arbitrales que son quienes conocen de la controversia concreta y emiten el laudo. Éstos son designados para cada caso concreto. Actualmente existen en España, una junta arbitral nacional, 17 autonómicas, siete provinciales, una de mancomunidad y 39 municipales.

El procedimiento, que es gratuito, comienza con la designación de un colegio arbitral por la junta arbitral competente, dos de cuyos árbitros han de pertenecer a organizaciones empresariales y de consumidores respectivamente. Previa audiencia verbal o escrita y practicar las pruebas pertinentes en su caso, el procedimiento finaliza con un laudo acordado por mayoría, laudo que se somete al régimen general de la Ley de Arbitraje y que por consiguiente puede ser recurrido en anulación ante la audiencia provincial competente.

La resolución de las quejas o reclamaciones planteadas por los consumidores ante las juntas arbitrales de consumo, puede llevarse a cabo por dos vías distintas: (i) mediante mediación, llevada a cabo por la junta arbitral de consumo, según lo previsto en el artículo 4 del RD 636/1993, de 3 de mayo, o (ii) mediante arbitraje.

Durante el año 2001 se presentaron 34 183 solicitudes de arbitraje por consumidores que discrepaban con sus proveedores de bienes y servicios. Entre los sectores que mayor número de solicitudes de arbitraje han recibido durante ese año destaca, en primer lugar, el sector de telefonía, que incluye tanto telefonía móvil como fija, y que supone un 32% del total de las solicitudes. Las dos principales operadoras de telefonía fija de España y las tres que operan en telefonía móvil están adheridas al sistema de arbitraje de consumo.

La cuantía media ha sido de 524 euros. Aproximadamente, el 25% de los casos se han resuelto mediante una etapa de mediación previa, es resto, es decir el 75% de los casos, se han resuelto mediante arbitraje.

El procedimiento es tramitado en un período muy breve, máximo cuatro meses desde la designación del colegio arbitral (actualmente, la media de los casos se resuelven en dos meses). El sistema arbitral de consumo español ha obtenido ya la vinculación voluntaria al mismo de casi 72 500 empresas o profesionales, adheridos al mismo.

Por último, la Ley de Arbitraje y el Real Decreto 636/93, establecen la opción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, señalándose que si las partes no hubieran optado expresamente por un arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad.

La práctica totalidad de los procedimientos seguidos han sido en equidad. Así, durante el año 2000, se emitieron 9 871 laudos, de los cuales fueron de equidad 9 810 (99,38%), mientras que tan sólo en el 0,62% de las controversias las partes se inclinaron por el arbitraje de derecho, dando lugar a 61 laudos en derecho.

El arbitraje de seguros

La posibilidad de introducir el arbitraje como sistema de solución de conflictos en el ámbito de los seguros se contemplaba ya en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, que dejaba a la voluntad de las partes el acudir a dicha vía y a la de la mediación.

El RD 1347/1985, de 1 de agosto, que desarrollaba dicha ley, hacía referencia en su artículo 109 a unas Comisiones de Conciliación, ubicadas en cada capital de provincia, con competencias para mediar en los conflictos derivados de pólizas de seguro de los ramos de vida, incendios, robo y responsabilidad civil producida por el uso de vehículos de motor, siempre que la cantidad reclamada como consecuencia de la controversia no excediera del millón de pesetas.

Ambos, ley y RD, recibieron el apoyo sustancial de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, cuya disposición adicional primera establecía el carácter supletorio de dicha ley respecto de la de 1984 en materia de arbitraje.

Sin embargo, ha sido la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados la que, tras derogar a la de 1984, ha dado impulso al arbitraje como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, si bien introduciendo un planteamiento de difícil ubicación en la citada disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje, ya que implícitamente incluye una derogación de la ley de 1984, a la que se refería expresamente la precitada disposición adicional.

El artículo 61 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados permite acudir al arbitraje de consumo o a la Ley de Arbitraje para resolver los conflictos en el ámbito de los seguros.

Se introduce así una dualidad de vías, que permite optar entre un arbitraje gratuito y sin necesidad de protocolizar notarialmente el laudo arbitral realizando el arbitraje a través de las juntas arbitrales de consumo, o bien un arbitraje realizado a través del procedimiento establecido en la LA, que dará lugar a un laudo que precisará de su protocolización notarial y cuyo procedimiento no será gratuito.

El posterior RD 2486/1998, de 20 de noviembre, que aprobó el Reglamento de la ley de 1995, ha desarrollado las citadas vías y además introducido una tercera, a través de la figura del defensor del asegurado. Se trata de una figura inspirada en los *ombudsmen* o defensores del pueblo, que ha sido rápidamente asumida por las grandes compañías por las ventajas de imagen y agilidad que aporta, aunque éstas supongan tan sólo el 20% de las que intervienen en el mercado de seguros. Existe un borrador de ley financiera que haría obligatoria dicha figura en todas las compañías de seguros, entidades financieras, de ahorro y de inversión, aunque existe una cierta desconfianza de las asociaciones de consumidores, ya que la regulación del funcionamiento de dichos defensores es interna y por consiguiente establecida por una de las partes en el conflicto, lo que le resta credibilidad y preferirían acudir directamente al sistema del arbitraje.

En cualquier caso, la ventaja para el consumidor de esta figura es no sólo su carácter gratuito y la inexistencia de formalismos, sino que su decisión sólo es vinculante para la aseguradora, no así para el usuario que siempre podrá plantear su reclamación por otros cauces, como el Servicio de Reclamaciones y Consultas y Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o ante los órganos jurisdiccionales competentes.

El arbitraje en los conflictos sobre propiedad intelectual

El arbitraje específico en materia de propiedad intelectual es incluso anterior a la propia Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre, al venir previsto en el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, sobre Propiedad Intelectual.

Sin embargo, es la ley de 1988 la que dota al arbitraje en este ámbito de su actual configuración, al establecer en su disposición adicional primera el carácter supletorio de la precitada ley y remitir su regulación concreta al posterior desarrollo reglamentario, llevado a cabo mediante el RD 479/1989 de 5 de mayo, regulador de la composición y procedimiento de actuación ante la comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual.

Una primera cuestión a tener en cuenta es la diferencia existente entre el mundo jurídico anglosajón y el continental en cuanto al ámbito del concepto de propiedad intelectual. Mientras aquél incluye en el mismo tanto lo que conocemos como propiedad intelectual, como la propiedad industrial, el derecho continental, y por tanto el español, distingue perfectamente ambos conceptos, separando la regulación de uno y otro.

Un segundo aspecto a tener en cuenta, tras esa primera delimitación, es que en el concepto de propiedad intelectual continental, equivalente al *copyright* o “derecho de copia” anglosajón, cabe tanto el derecho del autor como el del explotador de dicho derecho, igualmente le-

gítimos y dignos de protección, sin olvidar la concurrencia y siempre posible colusión de otros derechos afines que pueden incidir, afectar o condicionar los derechos del autor.

La Ley de Propiedad Intelectual es de aplicación a los titulares de derechos de propiedad intelectual, siempre que sean españoles, o ciudadanos de la Unión Europea, tengan su domicilio en España o, caso de no ser así, hayan realizado la primera publicación de su obra aquí. Queda así delimitado el ámbito subjetivo de aplicación del arbitraje en propiedad intelectual, siempre que se trate de un arbitraje de derecho, ya que si el arbitraje fuera de equidad, al ser voluntario y no regirse por norma alguna, cualesquiera autores podrán acudir al mismo con independencia de su nacionalidad.

Ya se ha hecho mención a que la propiedad intelectual da lugar habitualmente a tres relaciones jurídicas básicas, entre autores, entre autor y entidad de gestión, y entre esta última y el intermediario, además de las que puedan surgir con familiares, herederos, etc. Pues bien, las peculiaridades de este tipo de propiedad hacen que sea difícil delimitar el ámbito objetivo, ya que no siempre existe un contrato formal entre el usuario y la entidad de gestión, falta de contrato que dificulta enormemente la celebración de un arbitraje.

Entrando ya en el desarrollo de este tipo específico de arbitraje, han de tenerse en cuenta dos cuestiones previas o necesarios puntos de partida: primero, que sólo son susceptibles de arbitraje los llamados “derechos de explotación”; segundo, que es conveniente, si no necesario, deslindar los derechos de ejercicio individual, siempre disponibles para sus titulares, de los derechos de gestión colectiva, más condicionados en su disponibilidad.

Entrando en el objeto del arbitraje, la Ley de Arbitraje no exige que en el contrato o convenio se determine de forma exacta la controversia que dará paso al arbitraje, bastando con la simple determinación de la relación jurídica de la que se derivará el potencial litigio, sin que sea admisible una indeterminación tan absoluta que deje a la necesidad de un arbitraje cualquier controversia que pueda surgir entre las partes.

En lo tocante a las formas, compete a las partes la decisión sobre el carácter unipersonal o colegiado del tribunal, así como la designación del árbitro o árbitros, o bien de la persona o personas que procederán a dicha selección y nombramiento, surtiendo el convenio arbitral el doble efecto, positivo, de someter a las partes al futuro arbitraje, y negativo, de excluir la intervención de los órganos jurisdiccionales, y aplicándose en lo demás la Ley de Arbitraje.

Decíamos al comienzo de este resumen que el arbitraje en materia de propiedad intelectual era preexistente a la propia Ley de Arbitraje de 1988. La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, sobre Propiedad Intelectual recogía ya las últimas y más innovadoras tendencias del derecho europeo y creaba la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual (CAPI), posteriormente

reconvertida en Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI), como organismo dependiente del Ministerio de Cultura.

Posiblemente sea esta dependencia oficial lo que ha restado eficacia a dicha comisión, escasamente utilizada. Se trata de un arbitraje colegiado e institucional que no requiere de protocolización y es gratuito, similar al que se practica en materia de consumo y de transportes que, además de la labor arbitral propiamente dichas, tiene encomendadas funciones de mediación.

4.2.2 Otros arbitrajes específicos no recogidos en la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje

El arbitraje testamentario

El artículo 7 de la Ley de Arbitraje prevé la posibilidad de acudir al arbitraje como sistema para solucionar determinados conflictos surgidos en el ámbito testamentario. Se trata de un arbitraje excepcional, así lo califica la propia ley, que en contra de los principios básicos del arbitraje viene instituido por una sola persona, el testador, cuyo ámbito subjetivo se limita a los herederos y legatarios no forzosos, quedando excluidos del acceso a dicho sistema los herederos forzosos, y cuyo ámbito objetivo queda circunscrito a solucionar las diferencias que puedan producirse en cuestiones relativas a la distribución de la herencia exclusivamente.

El arbitraje laboral

La redacción del artículo 1 de la Ley de Arbitraje, abriendo dicho sistema con carácter general a cuantas controversias puedan surgir en materias de libre disposición conforme a derecho de las personas, sean jurídicas o naturales, ha llevado a muchos tratadistas a defender la extensión del arbitraje a diversos campos.

El arbitraje laboral es uno de estos supuestos y en concreto así lo dispone el texto del Estatuto de los Trabajadores (ET). Tanto en materia electoral (artículo 76 ET), como en conflictos colectivos (artículo 83.2 y 3 ET) e incluso en conflictos individuales (artículo 91 ET). Y sin embargo se trata de un sistema específico de arbitrajes expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje por disposición de su artículo 2.2: “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales”.

En cualquier caso, tras la experiencia de las unidades de mediación, arbitraje y conciliación que vinieron a sustituir a los extintos institutos del mismo nombre y la asunción de competencias en la materia por parte de las Comunidades Autónomas, los sistemas oficiales de

mediación en conflictos laborales, sean de orden colectivo o individual, han experimentado un importante auge y gozan de reconocida aceptación.

El arbitraje en materia de cooperativas

El carácter de derecho dispositivo de buena parte de la regulación de las cooperativas, ha permitido el desarrollo del sistema de arbitraje en este ámbito, que tendría su amparo último en el planteamiento generalista del artículo 1 de la Ley de Arbitraje.

En cualquier caso, y de forma específica, el arbitraje como sistema de solución de conflictos surgidos en el seno de las cooperativas viene previsto en el artículo 163 de la Ley General de Cooperativas, Ley 3/1987, de 2 de abril.

Puede ser tanto de derecho como de equidad, pero queda excluido de los beneficios que establece la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje, al no estar recogido en la misma.

El arbitraje en el ámbito del deporte

El arbitraje en materia de deporte venía introducido por la Ley del Deporte de 1990, si bien la progresiva asunción de competencias en dicha materia por las diferentes Comunidades Autónomas y los distintos criterios seguidos por unas y otras ha diluido notablemente la incidencia del sistema, existiendo Comunidades Autónomas con sistemas de solución de conflictos que no contemplan el arbitraje y que son de aplicación preferente a la Ley del Deporte en su territorio.

El arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal

La posibilidad de extender el sistema de arbitraje a los conflictos que puedan surgir en el ámbito de la propiedad horizontal es defendida por diferentes sectores doctrinales al amparo del precitado artículo 1 de la Ley de Arbitraje. El amplio espectro de derecho dispositivo existente en dicho ámbito permitiría extender este sistema a los conflictos en materia de propiedad horizontal, aunque no con carácter general, sino a determinados supuestos no sometidos a normas de derecho necesario. Lógicamente, tampoco en este caso podría hacer valer los privilegios previstos en la disposición adicional de la Ley de Arbitraje al no estar incluidos en la misma.

El arbitraje en el ámbito de los arrendamientos urbanos

Así como la ley de 1964 excluía la misma posibilidad del arbitraje, la vigente ley, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, recuerda en su preámbulo la posibilidad de que las partes se sometan a arbitraje como fórmula de solución de conflictos. De hecho y a título de ejemplo, el 50% de los arbitrajes gestionados por la Corte Vasca de arbitraje afectan a materia arrendaticia.

No obstante, ni se puede acoger a los privilegios de la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje, ni se trata de un nuevo arbitraje especial o específico, ya que fuera de la remisión general a la posibilidad de arbitraje que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos, no existe ninguna regulación específica del tema.

El arbitraje administrativo

La insuficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver en condiciones las peticiones de actuación de los ciudadanos es algo que, por desgracia, está fuera de toda discusión. El tiempo se alarga de forma desmesurada en el procedimiento administrativo, con todas las consecuencias que ello conlleva para la eficacia y credibilidad de la justicia.

Hace ya tiempo que la más moderna doctrina había defendido de la necesidad de, junto a la reforma de la jurisdicción de cara a su mayor agilidad, apoyar su labor con la institucionalización de medios alternativos para la resolución de determinados conflictos.

Ha sido la ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del procedimiento administrativo común, la que ha venido a abrir una puerta al futuro en dicha vía. El artículo 107 de dicha ley, tras establecer los recursos que cabe utilizar en vía administrativa en su apartado 1, prevé la posible sustitución del recurso de alzada por otros medios, en su apartado 2.

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación y arbitraje, ante órganos colegiados u omisiones específicas”.

Aun cuando la Ley 30/1992 remite a las normas específicas y constituye la única normativa general sobre el tema, cabe destacar varias características del arbitraje administrativo que introduce. En primer lugar, que ha de acomodarse al procedimiento administrativo, tiene carácter extrajudicial, alcance sectorial y naturaleza transaccional. En segundo, que ha de sustituir a un recurso ordinario, lo que limita sus posibilidades a los procedimientos en los que exista recurso de alzada, al haberse suprimido el recurso de reposición, restringiendo enor-

memente con ello su eficacia al ser muchos los acuerdos administrativos que agotan la vía administrativa, especialmente en el ámbito de la administración local, que es donde más eficaz podría resultar el sistema (comisión de multas, comisión de conciliación en asuntos de personal, comisión de reclamaciones de usuarios de servicios públicos, comisión de conflictos en materia de contratos, convenios y conciertos de la administración, etc.).

Habrá que esperar, pues, al desarrollo del artículo 107.2 para evaluar las posibilidades reales de la nueva figura.

El arbitraje en los conflictos sobre propiedad industrial

El ámbito del sistema de arbitraje se ha ampliado al campo de la propiedad industrial con la entrada en vigor de la reciente Ley de Marcas. La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, introduce una doble referencia al arbitraje.

La más importante se produce en su artículo 28, cuyo encabezamiento dice textualmente que “los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca”. Pero también se incluye una referencia en la exposición de motivos que en cierto modo va más allá del texto normativo, diciendo literalmente que “el cuerpo normativo que ahora se aprueba también contempla la posibilidad de someter a arbitraje los actos administrativos que hubieran puesto término al procedimiento de registro”.

En realidad la Ley de Marcas no crea un arbitraje ex novo, sino que reconoce y se acoge al establecido con carácter general en la Ley de Arbitraje, aunque sin posibilidad de acogerse, por el momento, a los beneficios previstos en su disposición adicional primera para los sistemas de arbitraje específico que en la misma se contemplan al ser la Ley de Marcas posterior a la LA.

No obstante su sumisión al sistema general de la LA, el arbitraje introducido en la Ley de Marcas presenta una serie de rasgos particulares. El más peculiar es que se trata de un arbitraje entre personas, físicas o jurídicas, los “interesados”, pero que se realiza en el marco de un procedimiento administrativo, aunque necesariamente antes de que haya adquirido firmeza el acto administrativo que ponga fin al procedimiento.

En segundo lugar se trata de un arbitraje innecesariamente restringido a materias muy concretas; con un alcance limitado ya que, resuelto el recurso administrativo ordinario, no puede hacerse valer en vía jurisdiccional la firma del convenio arbitral y cuyos convenio y posterior laudo han de ser notificados a un tercero que no ha intervenido en el arbitraje, la Oficina Española de Patentes y Marcas, con el problema añadido de que el plazo de seis

meses para la emisión del laudo no corre desde la aceptación del arbitraje por los árbitros, sino desde la notificación del convenio a la Oficina de Patentes.

Desde el punto de vista subjetivo pueden intervenir en el arbitraje todos los interesados. Esto es, el solicitante de la marca, el titular o titulares de los derechos que hubieran motivado la denegación de la marca, los titulares de derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro y quienes hubieran interpuesto recurso o comparecido en el procedimiento.

Por lo demás, es de aplicación la Ley de Arbitraje.

El arbitraje en servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico

No podemos finalizar este apartado sin hacer una referencia a la más reciente y novedosa iniciativa acometida en el campo del arbitraje como medio de solución extrajudicial de conflictos.

Nos referimos a la Ley 34/2002¹² o Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), aprobada por el Congreso en sesión de 27 de junio de 2002 y publicada en el *BOE* de 12 de julio de 2002.

La ley establece un sistema dual de resolución de conflictos, por un lado un sistema judicial (acción de cesación) para las conductas contrarias a la ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores. Esta acción de cesación comporta la transposición al ordenamiento español de la Directiva 98/27/CE, que tiene como finalidad proteger los intereses colectivos de los consumidores que puedan verse afectados por determinadas conductas en relación a materias diversas, tales como publicidad engañosa, publicidad de medicamentos para consumo humano, cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, etc.).

Por otro lado, un sistema extrajudicial cuyas razones de adopción se enuncian con claridad en la exposición de motivos: “Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante Códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información”.

¹² Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE). Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (*BOE* 166, de 12 de julio). Corrección de Errores (*BOE* de 6 de agosto de 2002).

En coherencia con dicho propósito, el artículo 32 de la ley responde al título “Solución extrajudicial de conflictos”, si bien dicho artículo no introduce regulación alguna, remitiendo a la legislación de arbitraje general, a la de defensa de los consumidores y usuarios (para disputas entre empresas y consumidores), y a los códigos de conducta que puedan instaurarse.

La regla general es que los casos de resolución de conflictos originados en transacciones mercantiles “entre empresas” que han pactado un convenio arbitral, se resuelven mediante la aplicación de la normativa de arbitraje general. Los conflictos entre empresas adheridas al sistema arbitral de consumo y los consumidores finales o usuarios, deben ser resueltos por las juntas arbitrales de consumo (junta arbitral de consumo nacional, juntas arbitrales de consumo autonómicas, juntas arbitrales de consumo provinciales, juntas arbitrales de mancomunidad de municipios, y juntas arbitrales de consumo municipales). Si no hubiere convenio arbitral en el primer supuesto, o adhesión al sistema arbitral de consumo, en el segundo, las partes interesadas mantienen abiertas todas las vías judiciales ordinarias para dirimir el conflicto.

Es importante tener en cuenta el amplísimo ámbito de aplicación que prevé la LSSICE, que se extiende por una parte a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos (artículo 2.1) y a los servicios que puedan ofrecer en España a través de un establecimiento permanente en ella cualesquiera prestadores de servicios residentes o domiciliados en otro estado (artículo 2.2).

Incluso aunque el prestador de servicios radique en el extranjero y no cuente con establecimiento permanente en España, tratándose de estados de la Unión Europea o del espacio económico europeo, quedarían incluidos en el ámbito de la ley determinados servicios cuyo destinatario radique en España: propiedad intelectual e industrial, publicidad de ciertos seguros, etc. (artículo 3).

La nueva ley supone un ambicioso intento digno de alabanza, pero que está condicionado por la creación y fácil acceso de los medios técnicos para hacerla realidad.

Eso sí, la ley se encarga de dejar bien claro que quedan excluidos del ámbito de la misma los prestadores de servicios jurídicos básicos, bien por su carácter de función pública, bien por su condición de colaboradores de la administración de justicia. Es el caso de notarios y registradores por un lado y de abogados y procuradores por otro (artículo 5).

Hay que destacar que el legislador ha sido consciente de las dificultades que supone el control de actividades en este campo. Así, además de recalcar que dichas actividades están sometidas a la legislación general en materia comercial y de publicidad, así como a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (artículo 19), prevé la posibilidad de ordenar la suspensión de la transmisión de información, del alo-

AMIENTO de datos, del acceso a las redes de telecomunicación o de la prestación de cualquier otro servicio de intermediación. Orden que corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología a petición de un órgano competente en la materia o directamente por éste cuando tuviera facultades para ello (artículo 11.1).

A la hora de estructurar las responsabilidades, la ley introduce una cuádruple distinción:

- Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso (artículo 14).
- Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (artículo 15).
- Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16).
- Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17).

A estos efectos es importante la previsión que hace la ley, estableciendo la obligación de conservar durante 12 meses los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas (artículo 12). Lo cierto es que dicha previsión se hace con finalidades muy concretas (su utilización en el marco de una investigación criminal, salvaguardia de la seguridad pública o defensa nacional) y posiblemente bajo la influencia de los atentados de Nueva York, pero parece fuera de duda que existiendo dichos datos conservados, si fueran necesarios para resolver una cuestión judicial o incluso arbitral, podrían ser reclamados a tales efectos.

Cuestión no menos importante es la previsión que en materia de prueba, especialmente documental, hace la ley y muy especialmente la introducción de los llamados “terceros de confianza”.

La ley dispone que “la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y de las obligaciones que tienen origen en él, se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica” (artículo 24.1). Y que “En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admitido en juicio como prueba documental” (artículo 24.2).

Pero fundamental es el que las partes puedan pactar el que un tercero, el tercero de confianza, archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos, así como la fecha y lugar en que han tenido lugar. Dicho tercero habrá de conservar tales archivos, se supone que a efectos de prueba si fuera preciso, durante un tiempo no inferior a cinco años (artículo 25).

Fuera de lo expuesto, quizás quepa finalizar resaltando la equiparación que en el anexo de definiciones se hace entre personas físicas y jurídicas a efectos de la ley al definir el término “consumidor” como: “persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Por último, vale la pena destacar que la creación de la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil (*DOCE*, serie C, de 28 de agosto de 2001) será un elemento sustantivo para el impulso definitivo de la cooperación paneuropea en materia de arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

4.3 ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES

Hablar del arbitraje internacional supone contemplar dos cuestiones distintas. De un lado la realización de arbitrajes entre una persona física o jurídica de nacionalidad o domicilio social españoles y una persona física o jurídica de nacionalidad o domicilio social distintos. De otro lado, la ejecución en España de laudos de arbitrajes llevados a cabo en otros países.

En el primer aspecto no hay problema cuando la persona física o jurídica no española es nacional de un país de la Unión Europea o de un país del espacio económico europeo, ya que todos ellos tienen acceso al arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje. Pero fuera de tales supuestos habría que acudir a un arbitraje específico y en función de las normas concretas que lo regulen.

En cuanto al segundo aspecto, la propia Ley de Arbitraje establece la posibilidad de ejecutar en España laudos que se hayan dictado en el extranjero, en aplicación de los convenios internacionales firmados y ratificados por España que reconocen tal derecho. Entre los tratados internacionales firmados por España sobre la materia destacan la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958, en vigor en España desde el 10 de agosto de 1977 (*BOE* de 11 de julio de 1977) y El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, firmado por España y publicado en el *BOE* de 4 de octubre de 1975.

5

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES ESTRATÉGICAS Y PROPUESTAS DE DEBATE

El objetivo de esta sección es presentar un conjunto de ideas surgidas a través de las actividades del proyecto i+Confianza, con la intención de provocar un amplio debate cuyo proceso catalítico facilite la adaptación de los MESC a las necesidades actuales, particularmente a los objetivos de modernización de la justicia y a los requerimientos de la sociedad de la información.

Es muy importante destacar que el valor que sustenta los MESC es la libertad. La autonomía de la voluntad de quienes eligen quién o quiénes resolverán sus problemas. Por eso, hemos querido resaltar en todo momento la necesidad de una mayor autorregulación del sector y una menor intensidad del intervencionismo estatal.

El sistema que hemos utilizado para la redacción de esta sección es el siguiente: en primer lugar plantearemos o presentaremos muy brevemente veinte temas clave relacionados con las distintas tipologías de los MESC, o con sus procesos, o con los terceros neutrales (conciliadores, mediadores o árbitros), o con los principios que rigen estos sistemas, o con las tecnologías necesarias para el desarrollo de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en Internet (MESC *on-line*). A continuación, intentaremos hacer una reflexión crítica que incluya una propuesta concreta para el debate. Cuando en este documento hablamos de “armonización”, nos referimos a normas comunes que los prestadores de servicios de solución extrajudicial de conflictos podrían pactar a fin de mejorar las prestaciones y facilitar la comprensión de estos sistemas por parte de los usuarios finales.

Lo que buscamos es incentivar el espíritu crítico y reflexivo de los proveedores de servicios MESC, teniendo en cuenta tanto a los centros o cortes tradicionales como los de nuevo cuño, con el propósito de encontrar en la discusión pautas de actuación concretas fundamentadas en la experiencia y en el derecho. Pretendemos también llegar con un idioma claro y simple a los usuarios finales, y al público en general para que estos temas se conozcan más, se reflexione sobre ellos, y se adopten, especialmente, en las transacciones electrónicas.

1 LOS MÉTODOS HETEROCOMPOSITIVOS MÁS APROPIADOS PARA LAS TRANSACCIONES Y NEGOCIOS ELECTRÓNICOS

Hemos visto en los capítulos anteriores que existen muchas formas y metodologías para solucionar conflictos de naturaleza comercial. Los estadounidenses han ensayado cientos de sistemas heterocompositivos diferentes y siguen inventando nuevas fórmulas o incorporando nuevas tecnologías de la información a las antiguas, con el fin de adaptarlos a las necesidades actuales.

En España el arbitraje comercial entre empresas (B2B) tiene más trascendencia por la cuantía económica de los asuntos que soluciona que por la cantidad de casos que se resuelven por este sistema. Y el arbitraje especial de consumo (B2C) está despertando con un auge inaudito, e indudablemente está llamado a convertirse en el motor de impulso de la incorporación definitiva del “espíritu arbitral” en los círculos comerciales y empresariales de España.

Teniendo en cuenta que los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos no se limitan a la mediación, conciliación y arbitraje, creemos importante que se intenten nuevas fórmulas que permitan satisfacer el derecho a la tutela de los intereses legítimos de las empresas y personas con intereses económicos o patrimoniales, los comerciantes, y los consumidores y usuarios. Tal vez mediante nuevos sistemas más atractivos y eficaces que los actuales.

2 EL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO O TELEMÁTICO

El convenio arbitral establecido en relaciones comerciales entre empresas (B2B) debe expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de una cuestión a un arbitraje. Es un elemento fundamental del sistema arbitral y es la expresión auténtica de la autonomía de la voluntad de las partes. Su nulidad lleva aparejada la nulidad de todo el proceso, por lo tanto, es importante definir con claridad las condiciones que debe reunir un convenio arbitral electrónico o telemático válido.

El convenio arbitral debe formalizarse por escrito (artículo 6 LA) y ha de quedar constancia documental de su existencia y aceptación. La forma del convenio arbitral no es un requisito *ad solemnitatem* sino *ad probationem*. Se puede utilizar cualquier soporte tecnológico que permita, en el momento que se desee, acreditar fehacientemente el consentimiento de ambas partes a dirimir un conflicto presente o futuro mediante esta solución. Los sistemas actuales más recomendables para la formalización de un convenio arbitral electrónico deberían incluir la utilización de firma electrónica (el RDL 14/1999 otorga a la firma electrónica la misma validez que a la firma manuscrita), o la utilización del sistema de terceros de confianza de la nueva ley de sociedad de la información y comercio electrónico (artículo 25 LSSICE) que establece que las partes podrán pactar que un ter-

cero archive en soporte magnético las declaraciones de voluntad que integren los contratos electrónicos.

Puede ser objeto de arbitraje telemático cualquier materia sobre la que las personas tengan la libre disposición conforme a derecho. Pero no pueden serlo las cuestiones sobre las que ya haya recaído una resolución firme (cosa juzgada), las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan el poder de disposición; y las cuestiones en donde debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos (artículo 2 LA).

Sería interesante abrir un debate sobre los elementos específicos que podría contener este tipo de convenios con el objeto de maximizar los beneficios de su implementación y armonizar, entre los principales proveedores de servicios MESC, sus contenidos para garantizar su adecuación al ordenamiento jurídico nacional, y a los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte. Aquí exponemos un esquema de la información básica que debería contener un convenio de arbitraje o pacto de sumisión arbitral electrónicos tipo, para ampliar información nos permitimos sugerir la lectura de los artículos publicados por el Profesor José Fernando Merino Merchán (2001)¹³ y por José Antonio García-Argudo Mendes (2001)¹⁴.

I *Información sobre las partes.*

Identidad de las personas o empresas que conciertan el convenio.

Domicilio.

Dirección de correo electrónico.

Número de identificación fiscal.

II *Información sobre los terceros neutrales o el centro de arbitraje (contrato de dación y recepción).*

Cantidad y nombre de la persona o personas que oficiarán de árbitros, corporación, o asociación a quien se encomienda la administración del arbitraje.

III *Modalidad del arbitraje.*

Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad.

¹³ José Fernando Merino Merchán, *El Convenio Arbitral Electrónico*, 2001, http://www.injef.com/revista/arbitraje/jfmm_010112.htm

¹⁴ José Antonio García-Argudo Mendes, *El Convenio Arbitral y el Pacto Arbitral Electrónico en el Arbitraje Interno o Doméstico*, 2001, http://www.e-global.es/confianza/garcia_argudo.doc

IV *Objeto del arbitraje.*

Establecer con claridad el objeto de la controversia con la expresión de sus circunstancias (para que no se produzca un *obiter dicta* del laudo).

V *Plazo máximo en que debe dictarse el laudo.*

En caso de que no sea fijado, los árbitros deberán dictarlo en el plazo de los seis meses contados desde la aceptación del encargo arbitral.

VI *Lugar del arbitraje.*

Debe ser establecido por las partes. Es un punto importante porque la competencia jurisdiccional para el auxilio judicial en la ejecución del laudo a través de los juzgados de primera instancia, la formalización judicial para la elección de árbitros, y la competencia de la audiencia provincial que conocerá el recurso de anulación contra el laudo, dependen del lugar de celebración del arbitraje. Si se tratare de un arbitraje interno, debe celebrarse en el estado español.

VII *Idioma o idiomas en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral.*

Debe ser conocido por las dos partes o debe ser el idioma oficial en el lugar del arbitraje.

VIII *Domicilio de recepción de notificaciones.*

Las partes podrán designar un domicilio para recibir notificaciones. Sería importante confirmar a través de un debate si el artículo 24.3 de la LA puede ser extensivo a los supuestos de arbitraje electrónico permitiendo, sin ningún tipo de restricciones, la utilización de un “domicilio electrónico” (correo electrónico, *webmail*, mensajes SMS, etc.) para la recepción de las notificaciones del proceso. Éste es un tema de gran importancia y decisivo para el éxito de las plataformas *on-line* para arbitraje electrónico que se están desarrollando.

IX *Pago de gastos, costas procesales y honorarios.*X *Generalidades.*

Ley aplicable en el caso de arbitrajes de derecho en contratos internacionales no comunitarios; jurisdicción en caso de nulidad del convenio arbitral; cláusula penal por incumplimientos, definición de la extensión de las medidas cautelares (particularmente, en relación a las previas y simultáneas).

Otro tema interesante sería el impacto de esta exigencia de forma escrita en ciertos contratos que, en las etapas iniciales, no son firmados por las partes sino que se re-

miten a contratos que han formalizado una cláusula compromisoria por escrito, como sucede con los conocimientos de embarque, minutas de intermediarios mercantiles, y otros.

3 ARBITRAJE ELECTRÓNICO EN MATERIA DE CONSUMO

Es importante destacar que, actualmente, los servicios de arbitraje en conflictos surgidos en actividades mercantiles electrónicas entre consumidores finales y empresas proveedoras de servicios de la sociedad de la información (B2C) sólo pueden ser prestados por las juntas arbitrales de consumo. Por lo tanto resultaría inadmisibles un convenio arbitral entre una empresa y un consumidor final que estableciere un foro extrajudicial diferente al de las juntas arbitrales de consumo, porque la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹⁵, en concordancia con la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios¹⁶, establece que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Dentro de los supuestos de cláusula abusiva, la ley 26/1984 considera la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. Esta disposición pretende evitar que las empresas abusen de los consumidores creando sistemas arbitrales que dependan de éstas y resuelvan a su favor. Pero, cierra toda posibilidad al acceso a la prestación de servicios arbitrales a centros arbitrales dignos, de ética intachable, que de ninguna manera estarían dispuestos a comprometer su prestigio para favorecer a parte alguna en un proceso, y menos aún, donde intervengan consumidores o usuarios finales.

Habrá que estar, pues, al desarrollo reglamentario que lleve a cabo el gobierno sobre la LSSICE y mientras tanto, en el casos de arbitraje por conflictos entre empresas de Internet y consumidores finales o usuarios, acudir a lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la misma:

“El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al sistema arbitral de consumo”.

¹⁵ Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).

¹⁶ Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio.

Esta disposición adicional establece también que a la espera del desarrollo reglamentario, se podrán utilizar en forma inmediata los medios telemáticos autorizados por la ley. “La Junta Arbitral Nacional de Consumo y aquellas otras de ámbito territorial inferior, autorizadas para ello por el Instituto Nacional de Consumo, podrán dirimir los conflictos planteados por los consumidores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo, a través de medios telemáticos”.

En la Unión Europea hay varios ejemplos de sistemas heterocompositivos arbitrales de carácter privado en materia de consumidores. En Bélgica, se circunscribe a tres sectores específicos: lavanderías, venta de muebles y agencias de viaje. En Alemania, el sistema se organiza a través de comisiones de arbitraje de las propias cámaras de comercio e industria, compuestas por asesores representantes de los industriales, comerciantes y consumidores ¹⁷.

Respecto a esta cuestión, creemos que sería conveniente que se mantenga el debate abierto sobre la posibilidad de que centros de arbitraje del sector privado así como despachos de abogados y colegios de abogados puedan participar en la solución extrajudicial de conflictos donde una de las partes sea un consumidor o usuario. Siempre teniendo presente la extrema importancia que reviste preservar todos los derechos e intereses del consumidor, el reconocimiento a su debilidad jurídica y, especialmente, el respeto a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad y libertad que los centros arbitrales deben mantener.

4 CONFIDENCIALIDAD, PRIVACIDAD Y SEGURIDAD EN LA INFORMACIÓN

Las nuevas tecnologías de la información aumentan los beneficios de la implementación de estos mecanismos extrajudiciales de solución de disputas, especialmente, en conflictos donde las partes están en zonas geográficas diferentes. Asimismo, las nuevas tecnologías aportan eficiencia a los MESC porque reducen el tiempo y el coste de los procesos, facilitan la gestión de enormes volúmenes de demandas o casos simultáneamente (muy importante en procesos de arbitraje de consumo), y mejoran la organización en la presentación, documentación y archivo de los casos.

Uno de los asuntos prioritarios es asegurar la existencia de garantías suficientes para que la solución de conflictos por las instancias extrajudiciales telemáticas ofrezca los niveles de calidad y seguridad requeridos para la administración de justicia. Un sistema de mediación o arbitraje electrónico debería garantizar las siguientes características básicas:

- *Privacidad y confidencialidad.* Ninguna persona ajena al proceso debe tener acceso a la documentación o datos del expediente en trámite o archivado.

¹⁷ LERA, Gaspar: *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, p. 206, Editorial Aranzadi, 1998.

- *Integridad.* El sistema debe garantizar la integridad de la documentación y de los datos enviados por las partes o el tribunal, de lo contrario, éstos podrían ser cambiados en tránsito o posteriormente, por ejemplo.
- *Autenticación.* Todas las partes que participan en sesiones *on-line* deben estar perfectamente identificadas para evitar sustituciones o fraudes de la personalidad.
- *No repudio.* El sistema debe generar la documentación necesaria (recibos) que impida que alguna de las partes del proceso niegue haber participado en éste o en alguna parte de éste.

Actualmente, la seguridad de los datos en las transmisiones se consigue, básicamente, mediante la criptografía. Esta técnica consiste en el cifrado y descifrado de mensajes mediante el uso de claves codificadoras, utilizándose una doble clave para la transmisión de datos y una clave única para el cifrado de los mensajes.

El sistema más común es la encriptación mediante tecnología *Secure Sockets Layer* (SSL). La tecnología SSL codifica de un modo secreto la información a medida que ésta se transmite a través de Internet permitiendo la confidencialidad de la información transmitida. Para utilizar SSL se requieren dos componentes: un navegador SSL compatible y un servidor de red para llevar a cabo el “intercambio clave” que establece una conexión SSL para los sistemas servidores de red del centro de mediación o arbitraje *on-line*.

Pero confidencialidad más que un elemento tecnológico es un elemento deontológico que se impone como una obligación que atañe a todas las partes del proceso. Es uno de los fundamentos de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, porque garantiza la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones. Es muy común que se establezcan con precisión los procesos o documentos que deben permanecer bajo un estricto nivel de confidencialidad (elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, el hecho mismo de que se esté realizando un arbitraje, la identidad de los árbitros, el contenido del laudo). Asimismo, se pueden establecer medidas para mantener la confidencialidad de esa información y de las vistas; o pactar procedimientos especiales a emplear para mantener la confidencialidad entre varios usuarios); o fijar las circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial (por ejemplo, cuando se trate de datos que sean ya de dominio público o si lo exige la ley o algún reglamento).

A este respecto sería interesante, en primer lugar, que se prohíba a los proveedores de servicios MESC la exposición, o difusión por cualquier medio, de información identificable respecto a las partes involucradas en procesos extrajudiciales, sin que medie un explícito consentimiento de las mismas. Asimismo, creemos necesario armonizar unas pautas mediante las cuales las partes intervinientes sepan con exactitud el grado y dimensión de su deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso, así como los riesgos que el no uso o uso inadecuado de sistemas de información pudiere acarrear.

5 ARMONIZACIÓN DE TECNOLOGÍAS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Además de introducir el sistema de arbitraje, la nueva LSSICE aporta la novedad fundamental de posibilitar la realización de arbitrajes por medios telemáticos. Así se dice en la exposición de motivos: “Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos...” y en el apartado segundo del artículo 32: “En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”.

Actualmente, en España todo el proceso, con excepción de la emisión del laudo —que tiene que ser ante notario— puede desarrollarse por vías telemáticas. Hay tribunales españoles que desde hace varios años utilizan sistemas electrónicos para el desarrollo de los procesos arbitrales, siendo el pionero el Tribunal ARBITEC¹⁸ de la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico, que en 1995 comenzó a ofrecer un sistema de comunicación entre las partes del proceso basado en formularios *on-line*.

Otro de los pioneros ha sido el Tribunal E-Global ADR, Tribunal de la Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED)¹⁹ que, a su vez, ha sido uno de los impulsores del principal proyecto europeo para la construcción de plataformas tecnológicas específicas para arbitraje en conflictos internacionales entre empresas: el proyecto E-Arbitration-T²⁰. Entre los miembros de este importante proyecto destacan dos firmas españolas: Comercio Electrónico Global²¹, y el despacho Cuatrecasas Abogados SRL²².

Otra iniciativa importante es *OnlineConfidence* (OLC)²³ liderado por Eurochambres (Asociación Europea de Cámaras de Comercio e Industria) en la cual participa el Consejo Superior de Cámaras de Comercio de España.

El Centro de Arbitraje y Mediación ARyME²⁴ también está trabajando desde hace varios años en la promoción de servicios de arbitraje y mediación a través de Internet (utiliza la plataforma tecnológica norteamericana eRoom).

¹⁸ <http://www.onnet.es/c13.htm>

¹⁹ <http://www.e-global.es/tribunal.htm>

²⁰ <http://www.e-arbitration-t.com>

²¹ <http://www.e-global.es>

²² <http://www.cuatrecasas.es>

²³ <http://www.eurochambres.be/whatwedo/onlineConfidence.htm>

²⁴ <http://www.aryme.com>

Un tema que debería analizarse a través de una colaboración muy estrecha entre las administraciones públicas, las organizaciones proveedoras de servicios de mediación y arbitraje, las empresas proveedoras de tecnología, los centros universitarios, los centros de I+D+I que están trabajando en cuestiones de arbitraje, y los colegios de abogados, es el de la normalización de los sistemas tecnológicos de las plataformas y sistemas que se utilicen en España a fin de que sean plenamente compatibles, para que converjan en un nivel apropiado de interoperabilidad. Asimismo, sería indispensable que esos sistemas sean interoperables más allá de las fronteras nacionales.

6 SISTEMAS PRESENCIALES FRENTE A VIDEOCONFERENCIA EN LAS AUDIENCIAS

La tecnología ha eliminado (o al menos reducido) la necesidad de establecer encuentros personales entre las partes enfrentadas en un conflicto, o entre éstas y quienes lo han de dirimir. Porque en cualquier etapa es posible realizar encuentros a través de sistemas de videoconferencia, texto-conferencia, etc. En estos casos, la tecnología favorece a la eficiencia del proceso. Es importante destacar que en algunas circunstancias es preferible que las partes no tengan presencia física o directa porque esto puede agravar el conflicto o distorsionarlo, facilitar la intimidación de una parte hacia la otra, etc.

Sería importante que los centros de mediación y arbitraje *on-line* contemplen la posibilidad de implementar sistemas de videoconferencia para el desarrollo de audiencias o cualquier otra actividad probatoria durante el proceso. Pero es imprescindible que se tenga en cuenta la necesidad del uso flexible de esta facilidad, a fin de que no se convierta en un elemento negativo en el proceso.

7 TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN EN LOS SITIOS WEB DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El grupo de trabajo en comercio electrónico y ADR de American Bar Association en su recomendación sobre las buenas prácticas en el sector²⁵, ha propuesto la sistematización o armonización de algunos elementos de información que deberían contener los proveedores de servicios MESC *on-line*. Aquí hemos tenido en cuenta estos elementos, y hemos incorporado otros que las organizaciones españolas proveedoras de servicios de arbitraje institucionalizado deberían exponer en sus sitios web a fin de garantizar unos niveles mínimos de transparencia:

²⁵ *Recommended Best Practices by Online Dispute Resolution Service Providers*, American Bar Association, 2002.

I *Información de carácter general:*

- 1 Nombre o denominación social, su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España.
- 2 Dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.
- 3 Datos de inscripción en el registro o registros si la organización estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa. Asimismo, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión. En el caso de las asociaciones los datos de inscripción en el registro nacional de asociaciones del Ministerio del Interior.
- 4 Datos concernientes a la protocolización notarial de los reglamentos arbitrales de las corporaciones de derecho público y asociaciones prestadoras de servicios de arbitraje institucionalizado.
- 5 Número de identificación fiscal.

En todos los casos, se debería tener en cuenta lo establecido en los artículos 9 y 10 de la LSSICE en relación a los requisitos de comunicación de la constancia registral del nombre de dominio y de información general respecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

II *Explicación de los servicios o procesos de resolución de disputas:*

- 1 Descripción de los tipos de servicios o procesos que se ofrecen (mediación, arbitraje, negociación automatizada, evaluación neutral, etc.).
- 2 Reglas de procedimiento y plazos procesales de todos los servicios que se ofrece.
- 3 Consecuencias legales del resultado de cada uno de los procedimientos que se ofrecen desde el sitio web, particularmente, explicación sobre si se trata de un procedimiento que produce o no los efectos de cosa juzgada. Explicación sobre las alternativas existentes una vez dictado el laudo o resolución final.
- 4 Si el proveedor de servicios MESC o el tercero neutral presta servicios de consultoría jurídica o abogacía, o si está asociado a algún despacho de abogados, y en este caso, se deben identificar los métodos empleados para separar los servicios de mediación, arbitraje, etc. de los de consultoría jurídica, a fin de evitar conflictos de intereses.
- 5 Declaración de que el procedimiento que se sigue cumple con los requisitos básicos de un proceso justo: (i) adecuada notificación a las partes; (ii) derecho de

audiencia para ambas partes; (iii) derecho a la representación legal o a la consulta jurídica en cualquier etapa del proceso.

- 6 Cualquier prerrequisito de acceso a los servicios (pertenencia a la asociación, ubicación geográfica, etc.).
- 7 Valor mínimo de la disputa que el prestador de servicios MESC hubiere establecido para aceptar e iniciar un proceso de mediación o arbitraje.

III *Uso de tecnologías y plataformas on-line para la resolución del conflicto:*

Los proveedores de servicios MESC deberían exponer en sus sitios web información sobre:

- 1 Software y hardware necesarios para la utilización de los servicios *on-line*.
- 2 Limitaciones al acceso de los servicios (por ejemplo, limitaciones horarias).
- 3 Utilización de sistemas para disminuir las diferencias que puedan surgir entre lenguajes o culturas; en este caso, explicar cómo funcionan.
- 4 Si emplean técnicas específicas para aumentar la eficacia del MESC y, en ese caso, cómo es y cómo funciona.
- 5 Si emplean técnicas que permiten el acceso a personas con incapacidades o con bajos niveles de instrucción y, en este caso, cómo funciona.
- 6 Si utilizan sistemas de seguridad que permiten identificar a los participantes y preservar la confidencialidad y privacidad de los participantes y, en su caso, cómo es el sistema y cómo funciona.
- 7 Si utilizan sistemas de archivo o *backup* y si han establecido sistemas de acceso de emergencia a la información.

IV *Información específica respecto a formación en el uso de sistemas on-line:*

- 1 Si educan a los participantes y potenciales participantes respecto a la forma de llevar a cabo los procesos *on-line* para la resolución de conflictos. Particularmente, si existen en el sitio web catálogos con instrucciones, manuales, sistemas de consulta a preguntas frecuentes, páginas de ayuda, atención personal vía correo electrónico, texto-conferencia, videoconferencia o teléfono).
- 2 Si brindan formación o capacitación en el uso de sistemas MESC *on-line* a terceros neutrales.
- 3 Si brindan formación o capacitación para adaptar los conocimientos y habilidades de los terceros neutrales en relación a las nuevas tecnologías en la materia.

V *Coste y financiación del los servicios MESC on-line.*

Los proveedores de servicios MESC *on-line* deberían comunicar con extrema claridad:

- 1 Todos los costes del proceso, quién y cómo se pagarán los costes así como las costas y honorarios, y la forma de pago.
- 2 Si los costes no fueren pagados en partes iguales, explicar la forma de distribución de la obligación de pago de las partes.

VI *Imparcialidad del proveedor de servicios MESC.*

Los proveedores de servicios MESC *on-line* deberían informar con absoluta claridad de lo siguiente:

- 1 Sus relaciones con otros proveedores de servicios MESC:
 - (a) Si éstos proveen servicios MESC bajo relaciones contractuales con otras instituciones u organizaciones comerciales como intermediarios, asociaciones empresariales, etc.
 - (b) Si éstos proveen alguna comisión por remisión de casos (comisiones, honorarios por remisión de caso, descuentos, etc.).
 - (i) A quién se le paga.
 - (ii) La cantidad que se paga o las bases para calcular lo que se paga.
- 2 Los proveedores de servicios MESC deberían exigir a sus terceros neutrales y personas directamente relacionadas a éstos, que informen de cualquier tipo de conflicto de interés que pueda existir en los casos en los que participan, por ejemplo:
 - (i) Relaciones personales, comerciales o financieras con alguna de las partes o sus representantes.
 - (ii) Interés directo o indirecto en el sujeto o materia o resultado de la disputa.
 - (iii) Cualquier circunstancia que el proveedor de servicios MESC o un tercero neutral estime relevante para la disputa.
- 3 Proceso de selección de los terceros neutrales.

Se debería informar al público sobre:

 - (i) El método que utiliza la organización prestadora de servicios MESC para seleccionar a los mediadores, conciliadores, árbitros o cualquier otro tipo de tercero neutral.

- (ii) Cómo se selecciona a un tercero neutral en un caso particular.
- (iii) El proceso mediante el cual se solicita a los terceros neutrales que certifiquen que no están en situación de conflicto de intereses y que han informado de cualquier circunstancia que podría afectar a la imparcialidad respecto a un conflicto en particular.
- (iv) Proceso de descalificación de un tercero neutral en virtud de una causa justificada.

VII *Confidencialidad, privacidad y seguridad de la información:*

A Los proveedores de servicios MESC *on-line* deberían informar con claridad lo siguiente:

- (i) Su política de privacidad general.
- (ii) Si son miembros de algún sello o marca de confianza o privacidad.
- (iii) Si su política impone la publicación de alguna información de los usuarios, y en qué circunstancias esa información sería publicada.
- (iv) Si algún procedimiento de los terceros neutrales es controlado por el proveedor de servicios MESC para llevar a cabo algún tipo de control de la calidad de los procesos. En este caso, quién lleva a cabo este control y cómo se lleva a cabo.
- (v) Si el sitio web del proveedor utiliza sistemas tecnológicos para identificar o seguir las actividades o conductas de los participantes (*cookies* de sesión, *cookies* permanentes, *web-bugs*, etc.). Aquí hay que tener en cuenta que las *cookies* son códigos que el servidor introduce en el disco duro del ordenador para identificar al usuario. Las *cookies* se asocian únicamente con un usuario anónimo, no permitiendo acceder a datos de carácter personal ni, en general, a datos del disco duro del usuario. Si el usuario no desea que se instale en su disco duro una *cookie*, simplemente debe configurar su navegador para no recibirlas.

B Confidencialidad específica de los procedimientos

- (vi) El establecimiento de parámetros de confidencialidad en relación a los procedimientos en particular
- (vii) Si una decisión arbitral debe ser publicada, la forma y el lugar de la publicación, y las limitaciones a su acceso.

- (viii) Si se ha de publicar información de casos o laudos u otro evento en el proceso, sin incluir ningún tipo de identificación personal de las partes del proceso.

C Confidencialidad relacionada con los participantes y procedimientos:

- (i) Políticas de archivo y retención de información, particularmente concerniente a la información de participantes individuales, así como archivos relacionados con procedimientos específicos.
- (ii) La forma de seguridad de todo el proceso *on-line*, particularmente la seguridad de la información provista por las partes y el archivo de procedimientos específicos.
- (iii) El tipo de mecanismo de seguridad que el sitio web ha implementado para salvaguardar la información de los participantes.

Cabe recordar que en conformidad con la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), los datos suministrados por los usuarios de servicios MESC *on-line* deben quedar incorporados en un fichero automatizado, el cual será procesado exclusivamente para la finalidad con que han sido creados. Éstos se han de recoger a través de los formularios correspondientes, los cuales sólo contendrán los campos imprescindibles para poder prestar el servicio requerido por el usuario del servicio.

Los datos de carácter personal deberán ser tratados con el grado de protección adecuado, según el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, tomándose las medidas de seguridad necesarias para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado por parte de terceros que lo puedan utilizar para finalidades distintas para las que han sido solicitados al usuario del servicio MESC. En el caso de que se considere oportuno que se cedan los datos de carácter personal a otras entidades, el usuario deberá ser informado explícitamente de la finalidad del fichero, datos cedidos y el nombre y dirección del cesionario, para que dé su consentimiento inequívoco a este respecto.

El usuario podrá ejercer sus derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación en cumplimiento de lo establecido en la LOPD, o simplemente para cualquier consulta o comentario personal a este respecto, mediante un sistema automatizado en el sitio web del proveedor de servicios MESC, el envío de una notificación de correo electrónico a su dirección de contacto o comunicándose por escrito.

VI *Cualificación y responsabilidad de los terceros neutrales*

- A *Responsabilidad*: los proveedores de servicios MESC *on-line* deberían informar con claridad sobre cualquier circunstancia relacionada con los terceros neutrales

que pueda ser susceptible de crear conflictos de intereses o que le pudieran llevar a actuar sin la debida imparcialidad o independencia.

B *Cualificación*: deberían informar también sobre:

- (i) Las cualificaciones mínimas generales requeridas para la inclusión de terceros neutrales en su panel, como, por ejemplo, sus niveles de formación, si deben ser o no abogados en ejercicio de la profesión, si deben tener o no experiencia previa en MESC, etc.
- (ii) Las cualificaciones individuales de los terceros neutrales.

8 CANTIDAD DE ÁRBITROS INTERVINIENTES

El artículo 13 de la LA establece que a falta de acuerdo entre las partes respecto a la cantidad de árbitros intervinientes en la resolución del conflicto, serán tres.

Creemos que éste es un tema muy interesante para el debate, porque la cantidad de árbitros tiene una repercusión directa en el tiempo de desarrollo del proceso y en su coste.

Probablemente, un único árbitro sería lo más aconsejable para conflictos de poca cuantía y los que puedan ser resueltos en forma *on-line*. Una solución interesante podría ser la que propone la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en su artículo octavo²⁶: “Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros”. Otros centros arbitrales internacionales de relieve, como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), el Centro para la Mediación y el Arbitraje Comercial del Tratado de Libre Comercio de las Américas (CAMCA), también establecen, como regla general, un solo árbitro.

9 INCOMPATIBILIDAD PARA SER ÁRBITROS DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES

La LA establece que no podrán ser árbitros quienes estén en ejercicio de funciones públicas retribuidas por arancel. Se refiere particularmente a los notarios (los corredores de comercio ya están integrados en el cuerpo único de notarios) y a los registradores.

²⁶ http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_spanish.pdf

Esta exclusión no parece muy acertada porque deja fuera del ejercicio de la actividad arbitral a un importante colectivo de profesionales con extraordinaria experiencia en los diferentes campos del derecho privado e implantado geográficamente en todo el territorio español.

10 CUALIFICACIÓN Y RESPONSABILIDAD MÍNIMA EXIGIBLE A LOS TERCEROS NEUTRALES

En los procesos judiciales son los jueces o magistrados quienes a través de sus sentencias ponen en práctica la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos o empresas. El ingreso en la carrera judicial por parte de los jueces y magistrados se lleva a cabo mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en el centro de selección y formación de jueces y magistrados dependiente del Consejo General del Poder Judicial. Sus facultades y responsabilidad están reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷.

En los procesos extrajudiciales la cualificación del tercero neutral siempre queda en el terreno de la autonomía de la voluntad de las partes y, como regla general, no es necesaria una preparación específica para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de los MESC. Siempre ha habido excepciones a este principio: por ejemplo, la ley de arbitraje anterior, exigía el simple requisito de saber leer y escribir. Actualmente, cualquier persona (física o natural) que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede ser árbitro. Ya sabemos que este principio tiene sus limitaciones, particularmente la distinción entre arbitraje de derecho (para el que la LA en su artículo 12 exige la condición de abogado en ejercicio de la profesión) y arbitraje de equidad (no lo exige).

La comunidad internacional relacionada con la mediación y el arbitraje comercial es absolutamente reacia a aceptar la intervención gubernamental en materia de regulación de esta actividad profesional e, incluso, del establecimiento de sistemas de acreditación nacional o internacional. El fundamento de esta oposición es que cualquier sistema de regulación aniquilaría los principales valores que los MESC han logrado a través su historia: la posibilidad de las partes a elegir (libertad) al tercero que resolverá el problema (confianza). La práctica más extendida entre los proveedores de servicios de solución extrajudicial es la utilización de modelos de autorregulación de la actividad a través de estatutos específicos, códigos de conducta o códigos deontológicos. El Parlamento Europeo en el Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento Bruselas I, enmiendas 35 y 39, DO C 146, de 17 de mayo de 2001, pág. 94, ha mostrado su interés en el establecimiento de sistemas de acreditación de los terceros neutrales, siempre que esto no menoscabe la flexibilidad y la simplicidad de los MESC.

²⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por otro lado, la aceptación de un proceso arbitral obliga a los árbitros, corporaciones o asociaciones a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad civil, e incluso penal, por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa (la LA emplea expresiones similares a las del artículo 411 LOPJ). Por ejemplo, en casos de probada falta de imparcialidad en beneficio de una de las partes o de violación de la obligación de confidencialidad por parte del árbitro o del tribunal. En el ámbito de la conciliación o mediación no existe ninguna normativa específica sobre responsabilidad civil.

Sería interesante abrir líneas de investigación para analizar la conveniencia (o no) del establecimiento de algún tipo de regulación para homologar niveles de cualificación de los terceros neutrales intervinientes en MESC. Particularmente, se podría debatir esta cuestión a la hora de reglamentar la LSSICE. Porque todo indica que existen diferencias sustanciales en la resolución de conflictos llevados a cabo en forma tradicional y en los que se llevan a cabo mediante sistemas telemáticos. Y esto podría significar la necesidad de algún tipo de cualificación por parte de los segundos, especialmente, cuando se trata de conflictos con elevados componentes técnicos o tecnológicos.

Asimismo, se podría evaluar si es necesario (o no) adoptar una norma que establezca en forma clara los niveles de responsabilidad civil en materia de mediación y conciliación. Siendo que la mediación es uno de los sistemas con más peso en la resolución de conflictos en materia de comercio electrónico.

11 MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La LA establece la posibilidad de asegurar, a pedido de parte, la efectividad del laudo mediante medidas cautelares. De acuerdo a la ley, éstas pueden interponerse cuando el laudo ha sido recurrido, y se pueden mantener durante el período que va desde la interposición del recurso de anulación del laudo, hasta su resolución.

Si consideramos al arbitraje como un equivalente jurisdiccional sustitutivo, y que el derecho a obtener una sentencia ejecutable es un derecho fundamental, no quedan dudas de que las medidas cautelares preventivas son también una extensión de este derecho fundamental.

Pero como la LA no dice nada respecto a la posibilidad de establecer medidas cautelares previas o simultáneas al proceso arbitral, se ha generado una verdadera incertidumbre jurídica que, a su vez, ha mantenido vivo el debate jurisprudencial y doctrinario. Como conclusión, se ha incluido una solución en la reforma de la ley de enjuiciamiento civil. La LEC²⁸ ha

²⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), artículo 722, “Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extrajeros”.

establecido la posibilidad de solicitar medidas cautelares previas o simultáneas tanto para arbitrajes *ad hoc* como para arbitrajes institucionales. Para solicitarlas, la ley exige que se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- Acreditar ser parte de un proceso arbitral pendiente en España.
- Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, acreditar la solicitud de la formalización judicial del arbitraje ante el juez de primera instancia pertinente (en el supuesto de arbitraje *ad hoc*).
- Haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su reglamento (en el supuesto de un arbitraje institucional).
- Acreditar ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

Según el artículo 730 de la LEC²⁹, las medidas cautelares pueden solicitarse: (i) antes de la demanda si quien las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad, (ii) al momento de la demanda, y (iii) con posterioridad a la presentación de la demanda cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

De todo modos, no sería una mala idea que la reforma de la LA establezca unas pautas más claras que permitan garantizar a las partes sus legítimos derechos mediante la adopción de oportunas medidas cautelares instrumentales.

12 PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La LA ha establecido el requisito formal de incorporación del laudo arbitral y sus correspondientes aclaraciones al protocolo notarial. Éste es un tema que ha sido cuestionado por dos motivos. En primer lugar, porque el proceso pierde flexibilidad y, en segundo lugar, porque se encarece innecesariamente.

Con mucha frecuencia hemos escuchado decir a los expertos en esta materia, que una de las razones por las que España no ha logrado convertirse en un gran centro de arbitraje internacional es precisamente, por la exigencia de la protocolización notarial del laudo, que no es un requisito en ninguno de los centros arbitrales internacionales más prestigiosos.

²⁹ LEC, artículo 730, “Momentos para solicitar las medidas cautelares”.

Es evidente que lo que se ha buscado es aval de un fedatario público que garantice con fuerza probatoria y legitimadora la decisión final de los árbitros emitida a través del laudo, y se eligió al notario.

En este sentido, el notario, simbiosis entre profesional y funcionario, ofrece una garantía absoluta. Pero esta actividad fedataria, al menos en esta materia, podría ser llevada a cabo por ejemplo, por un secretario judicial o por una institución pública o privada que sea capaz de garantizar funciones similares a las notariales y registrales.

Habría que tener en cuenta que actualmente hay varias iniciativas cuyo principal objetivo es el desarrollo de poderosas plataformas *on-line* para facilitar el trabajo de las notarías (una muy importante es FESTE)³⁰, y también, plataformas *on-line* para el establecimiento de notarías electrónicas automatizadas, capaces de dar fe sobre la existencia de actos jurídicos realizados electrónicamente, sobre las partes intervinientes, sobre la integridad de su contenido, sobre la fecha y hora de la realización del mismo, etc., sin intervención del hombre.

De todos modos, lo que sí sería muy importante es que el laudo arbitral emitido por medios electrónicos sea autenticado, depositado y registrado mediante medios electrónicos. El proyecto europeo E-Arbitration-T ha propuesto que se armonice, al menos a nivel europeo, el sistema de protocolización electrónica de laudos electrónicos, considerando para ello redes electrónicas como la que Notarios de Europa están intentando lanzar en todo el continente³¹.

13 PRÓRROGA DEL PLAZO PARA EL DICTADO DEL LAUDO ARBITRAL

El árbitro tiene la obligación de emitir el laudo dentro de un período de tiempo determinado a priori. Este plazo es determinado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad. Si no se hubiere fijado, la ley establece que el plazo máximo es de seis meses contados desde la aceptación del encargo arbitral. Transcurrido el plazo sin que se hubiese dictado el laudo, el convenio arbitral queda sin efecto.

Actualmente este plazo sólo puede ser prorrogado por libre acuerdo de las partes, pero no a instancias del árbitro o del tribunal arbitral y esto, en algunos casos, podría ser conveniente y necesario para la correcta definición de la causa. Tal vez, el árbitro o el tribunal podrían disponer de la facultad de prorrogar este plazo por un tiempo razonable (por ejemplo, dos meses en arbitrajes nacionales; o tres o cuatro meses en arbitrajes internacionales).

³⁰ Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE), <https://www.feste.com>

³¹ http://www.e-arbitration-t.com/papersadr/e-arbitration-t_harmonization_proposal.pdf

14 IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El recurso de anulación constituye una acción de impugnación por la que se lleva a cabo el control judicial del laudo arbitral, en orden a comprobar la validez del mismo. En la legislación española, el laudo es susceptible de anulación mediante un proceso declarativo especial admisible únicamente por causas tasadas (artículo 45 LA):

- (i) Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
- (ii) Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley.
- (iii) Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.
- (iv) Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no puedan ser objeto de arbitraje.
- (v) Cuando el laudo fuese contrario al orden público.

Respecto a esta materia, existen dos temas sobre los que sería interesante debatir:

- *Extralimitación en el plazo de emisión del laudo.* De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la nulidad del laudo arbitral por haberse dictado fuera de plazo viene impuesta por la significación que para estos procedimientos arbitrales tiene el señalamiento de un plazo, pues la doctrina científica es unánime en reconocer que una de las ventajas de la institución arbitral, y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dura lo que las partes determinan, pues mediante ella se evitan los inconvenientes que lleva consigo el procedimiento judicial (carestía y dilación, principalmente) hasta obtener la solicitada declaración de los hechos controvertidos, o sea, el logro de una mayor prontitud y economía en la resolución³².

De todos modos, esta causa de anulación del artículo 45 no parece muy conveniente para el proceso, porque la finalización del período o plazo para el dictado del laudo es un hecho tan objetivo que tiene poco sentido dilatar todo el proceso mediante un recurso de este tipo. Las partes deberían poder reiniciar el arbitraje lo más pronto posible mediante el nombramiento de nuevos árbitros, o ir a la vía judicial.

En todo caso, esta situación se podría invocar en el período de ejecución del laudo acreditando que el plazo pactado por las partes o establecido por la ley (seis meses) no ha sido respetado por el árbitro o el tribunal arbitral.

³² Sentencia de Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 1992.

Por otra parte, también podría ocurrir que el laudo, aunque extemporáneo o tardío, sea aceptable para las partes. En este supuesto, la extremada rigidez de la ley, podría hacer caer las posibilidades de inmediata solución del conflicto, por motivo del vicio existente en el proceso que causa su nulidad.

- *Recurso de anulación*: el conocimiento del recurso de anulación, corresponde a la audiencia provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo.
 - (i) *Tribunal competente*. Por un lado, podría ser más efectivo que el recurso se interpusiese ante un juzgado de primera instancia y no ante la audiencia provincial. Esto se fundamentaría en que no se trata de un recurso de apelación en sentido estricto, en donde el tribunal *ad quem* no sólo revisa la decisión anterior, sino que también debe dictar una segunda. Es una actividad meramente procesal donde sólo se pretende la impugnación de una decisión dictada en una instancia extra-judicial de origen contractual.

Por otro lado, muchos expertos creen que el conocimiento del recurso de anulación no debería dejarse en manos de Tribunales de Primera Instancia ni de la audiencia provincial del lugar de dictado del laudo, sino que debería intervenir el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo a fin de garantizar el máximo nivel de seguridad jurídica y favorecer la creación de mejores fuentes jurisprudenciales en la materia.

- (ii) Plazo de presentación del recurso de anulación: la LA establece que el recurso de anulación debe ser fundado y presentado dentro de los 10 días siguientes al de la notificación del laudo o, en su caso, de su aclaración. Si bien la ley parece muy clara, se han generado muchos problemas respecto a la forma de contar estos 10 días y las resoluciones de los tribunales no son uniformes.

El problema se origina en el modo interpretar la naturaleza del plazo de impugnación. Para unos, el plazo es sustantivo, es de caducidad, y debe computarse de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5 del Código Civil, por lo que no habrían de descontarse los días inhábiles, ya que la actuación de los árbitros se define como un acto jurídico de carácter privado y de origen y eficacia contractual. Para otros, es un plazo procesal y, por lo tanto, se refiere a los días hábiles, por lo que los días inhábiles deben ser descontados.

Sería muy importante que este tema se clarifique para que no opere como un obstáculo para la celeridad del proceso arbitral.

- (iii) Cantidad de días para interponer el recurso: los 10 días de plazo para la presentación del recurso parecen no ser suficientes para una adecuada evaluación y elaboración de las posiciones de las partes. Podría ser conveniente que se estableciera un plazo mayor.

15 EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS: EL *EXEQUÁTUR* TELEMÁTICO (E-*EXEQUATUR*)

El proceso para la ejecución forzosa se inicia en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (reconocimiento) y la ejecución (forzosa) es llevada a cabo por Tribunales de Primera Instancia de acuerdo con el procedimiento que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

El artículo IV de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de NY)³³ se refiere a los requisitos formales que debe cumplir una demanda de *exequátur*; es decir, la solicitud para obtener el reconocimiento y habilitar la ejecución de un laudo arbitral. El reclamante ha de presentar el original o copia autenticada de la resolución arbitral, así como el original o copia debidamente autenticada del acuerdo sumisorio o acuerdo arbitral, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia arbitral y debiéndose acreditar, asimismo, la firmeza de la sentencia arbitral de que se trata. El Tribunal Supremo ha de constatar de oficio el cumplimiento de otros requisitos de fondo, referidos fundamentalmente a que según la ley del estado en que se intenta la homologación el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (Convención de NY, artículo 5.2.a), y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público de ese país (Convención de NY, artículo 5.2.b).

Y el artículo V de la Convención de NY establece las cinco circunstancias que harían caer una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo: (i) ausencia de un acuerdo arbitral válido (falta de capacidad de una parte, por ejemplo); (ii) problemas relacionados con el derecho a audiencia, contradicción y defensa de las partes; (iii) extralimitaciones del laudo (que se refieran a conflictos no previstos en la cláusula arbitral o no sometidos al arbitraje); (iv) defectos en la elección del árbitro o en la constitución del tribunal arbitral, o que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley vigente; (v) la decisión arbitral no es aún obligatoria o ha sido anulada o suspendida.

Una vez que el Tribunal Supremo ha constatado todos estos extremos, que ha comparecido la parte contraria, y ha intervenido el Ministerio Fiscal, el tribunal está en condiciones de resolver el *exequátur*, ya sea homologando el laudo arbitral extranjero para proceder a su ejecución, ya sea rechazándolo. Si fuere concedido, los trámites de ejecución continuarán ante el juzgado de primera instancia que corresponda según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Toda esta actividad, que es eminentemente jurisdiccional, se nutre de un proceso extrajudicial de naturaleza internacional preexistente. Teniendo en cuenta el interés que existe en la utilización de nuevas tecnologías de la información para agilizar los procesos extrajudiciales,

por un lado, y en la utilización de éstos en todos los campos de la administración de justicia, del Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, es muy probable que a medio plazo sea necesario implementar sistemas que permitan una interoperabilidad de tal relieve, que sea posible realizar todo el proceso arbitral y su ejecución judicial mediante Internet.

Creemos necesario que comience el debate entre todos los sectores involucrados respecto a cuáles podrían ser las principales pautas para la interrelación entre el mundo judicial y extrajudicial en esta materia, cuáles serán las necesidades de implementación de cambios o transformaciones legislativos, y los requerimientos de armonización tecnológica.

16 LOS MESC Y EL PODER JUDICIAL

El Ministerio de Justicia de España está trabajando en un conjunto de medidas para la reforma de la justicia, que han merecido una acogida favorable en el denominado Pacto de Estado por la Justicia. La idea central es evitar la generación de nuevos procesos judiciales cuando existan otros mecanismos alternativos válidos para la resolución de las controversias que en la sociedad actual puedan producirse. A tal fin, el gobierno está trabajando en una reforma de la Ley de Arbitraje con la finalidad de fortalecer y ensanchar subjetiva y objetivamente este sistema de solución de litigios, mediante fórmulas que, con las debidas garantías, eviten el recurso ulterior a los tribunales.

Según el comité de ministros del Consejo de Europa³⁴, el arbitraje es un procedimiento que contribuye a evitar la acumulación de asuntos en la administración de justicia. Los órganos judiciales emiten en España casi 7 000 000 de decisiones al año y emplean unos 4 000 jueces y magistrados y, evidentemente, los proveedores de servicios MESC podrían cooperar en forma activa con los nuevos criterios de eficiencia de la justicia, tal como se hace en los ordenamientos jurídicos más modernos.

Creemos que sería muy importante, aprovechar esta oportunidad para que la reforma de la justicia, particularmente la reforma de la Ley de Arbitraje, traiga consigo una mayor desregularización del sector, una simplificación de los sistemas, una apertura hacia los centros MESC privados que permita una mayor descarga de trabajo de los tribunales

³³ La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de NY), de 10 de junio de 1958, a la que España se adhirió el 12 de mayo de 1977 y entró en vigor para España el 10 de agosto del mismo año. Es importante destacar que la Convención de NY está avalada por el título cuarto del Código de Comercio, que reconoce la figura de la convención (artículo 1416. I) y su alcance (artículos 1423, 1424 y 1425).

³⁴ Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

judiciales, que abarate el recurso al arbitraje, y que dote de mayor eficacia al laudo arbitral. Por otra parte, que se establezcan programas MESC dirigidos desde los juzgados y que los propios juzgados tengan en cuenta estos mecanismos, redireccionando a las partes hacia sistemas MESC.

17 LOS MESC Y LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y GOBIERNO ELECTRÓNICO

Hay un conjunto de servicios públicos que antes tenían como requisito imprescindible la presencia física del interesado o su representante, pero que ya se están brindando a través de Internet. Estas relaciones entre los entes administrativos y los ciudadanos generan múltiples conflictos susceptibles de ser resueltos mediante mecanismos MESC y, muy especialmente, mediante sistemas basados en Internet.

Creemos que sería muy interesante debatir sobre la posibilidad de simplificar ciertos procedimientos administrativos utilizando técnicas extrajudiciales, particularmente, en conflictos como los relacionados con impuestos, tasas, contribuciones, declaraciones a la Agencia Estatal de Administración Tributaria; contribuciones a la seguridad social, seguros de desempleo, beneficios familiares, becas de estudio, documentos personales, registro o matriculación de vehículos, permisos para la construcción, servicios relacionados con la salud, etc.

18 PREVENCIÓN FRENTE A SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La finalidad de un contrato es establecer con claridad todos los extremos de la contratación, a fin de evitar futuros malentendidos, es decir conflictos. El contrato es la primera oportunidad que tienen las partes no sólo para dejar muy bien establecidos sus derechos y obligaciones, sino también para fijar la forma de resolver sus disputas.

Los MESC son, en sí mismos, verdaderos sistemas de contención sobre las partes que han pactado su uso. Esto los convierte, de hecho, en eficaces sistemas de prevención de conflictos. La experiencia indica que la voluntad de cumplimiento de los contratos con convenio arbitral es mayor, porque los procesos para su ejecución, en caso de incumplimiento, son más cortos, más simples y más económicos. Esto beneficia a la parte cumplidora y penaliza a la que no lo ha sido.

Sistemas de atención al cliente: un sistema de prevención muy importante es el establecimiento de sistemas de información o atención al cliente (tanto en relaciones B2C como B2B). Porque muchas veces los conflictos se inician por malentendidos, errores o faltas en la calidad de trato, que podrían solucionarse con un servicio de posventa adecuado, *call centers*, etc.

Por otro lado, teniendo en cuenta la importancia que tienen los sistemas de atención al cliente como forma de prevención de conflictos, podría ser de gran interés abrir el debate sobre si la reglamentación de la LSSICE debería o no armonizar o establecer unos requisitos mínimos de atención al cliente para los prestadores de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Asesoramiento profesional: una manera de garantizar el buen final de un contrato es mediante el asesoramiento profesional. En este sentido, es ampliamente recomendable la utilización de los servicios profesionales de abogados y expertos en derecho desde la iniciación del contrato.

Tecnologías al servicio de la prevención de conflictos: desde el punto de vista tecnológico, podría ser interesante el desarrollo de sistemas telemáticos para la construcción de contratos gestionados por profesionales del derecho. Estos podrían incluir, por ejemplo, sistemas de evaluación o ponderación de riesgos, asesoramiento jurídico, establecimiento de sistemas de información sobre MESC, modelos de cláusula arbitral, etc.

19 Políticas de difusión y educación sobre la importancia de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos

Los expertos, tanto nacionales como internacionales, en esta materia coinciden en la necesidad de fomentar la utilización de los sistemas o mecanismos extrajudiciales de prevención y solución de conflictos tanto en las actividades mercantiles tradicionales, como en las que se llevan a cabo mediante aplicaciones electrónicas. Hasta el momento, las organizaciones que más han trabajado en la difusión de estos sistemas en España han sido los centros arbitrales de las cámaras de comercio, los centros arbitrales de consumo y los de transporte. Se ha visto en éstos una actividad incansable, coherente y muy satisfactoria.

Como destinatarios de estas políticas de difusión se debería considerar tanto al público en general, como a usuarios finales específicos de estos sistemas (empresas, consumidores y usuarios, entes públicos y administrativos), grupos de interés, colegios y organizaciones profesionales, empresas y empresarios, abogados, el sector universitario (facultades de derecho), consultores, formadores de opinión, creadores de políticas, prestadores de servicios de difusión y de la sociedad de la información, organizaciones sindicales, etc.

Estas políticas públicas de difusión deberían verse acompañadas por acciones cooperativas para la promoción concertadas entre los propios centros privados o públicos de mediación, conciliación y arbitraje.

20 INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO RELACIONADO CON LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Es imprescindible una mayor implicación por parte de las administraciones públicas tanto a nivel nacional como en las Comunidades Autónomas en relación a la investigación y desarrollo de innovaciones tecnológicas facilitadoras de las funciones y procesos alternativos de resolución de conflictos. Es necesaria la aportación de recursos científicos al estudio de estos sistemas (especialmente en el derecho comparado) y la potencial adaptación al sistema jurídico español de los mecanismos más exitosos. Pero especialmente, es necesaria una mayor actividad en la investigación sobre el uso de nuevas tecnologías de la información en cada una de las etapas específicas de los procesos.

Vemos con entusiasmo la mayor participación de los centros públicos y privados de resolución de conflictos en actividades de I+D+I, particularmente en líneas de investigación relacionadas con la definición de aplicaciones informáticas orientadas a satisfacer los requerimientos técnicos de sus propios reglamentos de mediación, conciliación, evaluación neutral o arbitraje, así como de sus propios códigos deontológicos, sistemas de pago de aranceles u honorarios, etc. Asimismo, es también mayor su implicación en áreas de investigación tendentes a la definición de aplicaciones informáticas y software facilitadores de las actividades de gestión, seguridad en los procesos y archivo de casos, etc.

Esto, sin duda, acelera el proceso de implementación o adopción por parte de las empresas e instituciones de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos *on-line*. Sería muy importante potenciar el desarrollo de iniciativas y proyectos conjuntos entre los centros españoles que están trabajando sobre estas materias para mejorar la difusión y divulgación de avances y resultados de proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, fortalecer la formación de recursos humanos dedicados a la investigación relacionada a los MESC, y fomentar la vinculación entre las instituciones de investigación y desarrollo tecnológico y los centros privados o públicos de mediación, conciliación y arbitraje. Posiblemente, la mejor forma de lograr estos objetivos sea mediante el establecimiento de un programa de investigación y desarrollo tecnológico específico para los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos.

Información de contacto

Para el envío de comentarios u observaciones sobre este documento póngase en contacto con:

D. EDUARDO PAZ LLOVERAS

Coordinador Científico

Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED)

Plaza de España, 5 - 4.º A

50001 Zaragoza (España)

E-mail: tribunal@e-global.es

URL: <http://www.e-global.es/tribunal.htm>

Teléf./fax: 976 212 169

Sitios web de los miembros del proyecto i+Confianza:

- Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED)
<http://www.e-global.es/tribunal.htm>
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ)
<http://www.reicaz.es>
- Fundació Catalana per a la Recerca (FCR)
<http://www.fcr.es>
- Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR)
<http://www.aenor.es>