

Designación de los árbitros: principios y mecanismos que garantizan su imparcialidad. Referencia al ejercicio de funciones arbitrales por registradores de la propiedad y notarios

*Designation of the arbitrators:
principles and mechanisms to
guarantee their impartiality.
Arbitration by land registrars
and notaries*

por

BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la propiedad/Land registrar

RESUMEN: El arbitraje, como sistema de resolución alternativa de controversias, está basado en la confianza de los que a él acuden. Para conseguir esa confianza es imprescindible que el proceso de designación de los árbitros respete el principio de igualdad de las partes. Los árbitros serán nombrados con sujeción a lo previsto por los que se someten al arbitraje, a lo establecido en el reglamento de la institución arbitral y, cuando ello no sea posible, a través del

procedimiento judicial previsto en la Ley. También están legalmente previstos los mecanismos para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros. Los registradores y notarios pueden actuar como árbitros, pero, dadas las diferencias en su régimen de actuación profesional, los requisitos de independencia e imparcialidad se verán mucho más comprometidos en el caso de los notarios.

ABSTRACT: Arbitration, as alternative dispute resolution systems, is based on the parties' trust. In order to achieve this trust, it is essential to respect the principle of equality of the parties at the process of appointment of the arbitration. Arbitrators shall be appointed subject to the provisions of the parties, to the provisions of the regulations of the arbitration institution and, when this is not possible, through the judicial procedure provided for in the Law. Moreover, there are some other legal mechanisms to guarantee the independence and impartiality of the arbitrators. Land registrars and notaries are legally allowed to act as arbitrators, but, due to their professional performance regime, independence and impartiality are much more compromised in the case of the notaries.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Imparcialidad. Independencia. Registradores de la propiedad y notarios.

KEY WORDS: Arbitration. Impartiality. Independence. Land registrars and notaries.

SUMARIO: I. CONCEPTO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE: 1. CONCEPTO Y FINALIDAD. 2. ENCAJE CONSTITUCIONAL.—II. REQUISITOS NECESARIOS PARA SER ÁRBITRO: 1. REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY. 2. ARBITRAJES EN DERECHO. 3. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS.—III. SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS: 1. ARBITRAJE INSTITUCIONAL. 2. ARBITRAJE *AD HOC*. 3. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS: A) *Tribunal competente*. B) *Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro*: a) Que no se trate de un arbitraje administrado. b) Que exista un convenio arbitral: a') Existencia del convenio arbitral: b') Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil: c') ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral? c) Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros. d) Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio. C) *Tipo de procedimiento*. D) *¿Cómo se nombran los árbitros?*: a) ¿Quién hace el nombramiento? b) Forma de elegir a los árbitros. 4. CONSTAN-

CIA REGISTRAL DEL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS: A) *Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros.* B) *Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros.* C) *Título formal necesario:* a) Identificación de los árbitros en el convenio arbitral. b) De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva. c) Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva.—IV. EXIGENCIA DE IMPARCIALIDAD: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. ¿CÓMO REGULA LA IMPARCIALIDAD LA LEY DE ARBITRAJE? 3. IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO. 4. IMPARCIALIDAD DE LA INSTITUCIÓN ENCARGADA DE ADMINISTRAR EL ARBITRAJE. 5. EL INSTRUMENTO DE LA RECUSACIÓN. 6. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO.—V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE REGISTRADORES Y NOTARIOS: 1. DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE AMBAS FUNCIONES. 2. EL CASO OBJETO DE LA SENTENCIA. 3. IMPARCIALIDAD DE LOS REGISTRADORES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

1. CONCEPTO Y FINALIDAD

El arbitraje es uno de los denominados sistemas de resolución alternativa de conflictos (por sus siglas en inglés, ADR). Se trata de un mecanismo por el que las partes deciden libremente solventar sus controversias al margen del sistema jurisdiccional del Estado, encomendando a un tercero neutral (árbitro) la decisión que ponga fin al conflicto.

De una manera más minuciosa, señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA¹: «*se puede definir el arbitraje como la institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura entre ellas, sea resuelta conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo.*

Las razones que mueven a las partes de una relación jurídica a someter sus controversias a arbitraje son muy variadas. Generalmente se hace alusión a la mayor celeridad que suele caracterizar al arbitraje frente a la jurisdicción, celeridad que además implica un ahorro de costes. También existen razones relacionadas con la búsqueda de un mayor grado de confidencialidad. Y, por supuesto, en el caso de los arbitrajes internacionales, la gran flexibilidad que ofrece el arbitraje para la fijación de la ley aplicable en la resolución del conflicto.

En todo caso, lo que sí parece evidente, es que, dado que el arbitraje está basado en la libre decisión de las partes, solo será viable si los que optan por este sistema de resolución de controversias tienen plena confianza en los árbitros. Y esa confianza se asienta en dos factores: la competencia técnica de los mismos y su absoluta imparcialidad. Como afirma MATHEUS LÓPEZ², «*la selección del árbitro es la parte más importante del arbitraje y afecta diversos temas axiales de este. Por ello, bien reza un viejo adagio de origen francófono “Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage”, o lo que es lo mismo en inglés y en castellano, “An arbitration is only as good as the arbitrator”, “El arbitraje vale lo que vale el árbitro”».*

La competencia técnica de los árbitros, como es obvio, quedará acreditada por los títulos académicos, por las publicaciones científicas, por la experiencia contrastada en la resolución de conflictos relacionados con el objeto de la controversia... En el caso del arbitraje administrado, corresponde un importante papel a las instituciones arbitrales en el establecimiento de filtros de calidad que garanticen que en su nómina de árbitros figuran solo personas adecuadamente preparadas para dicha función.

Más delicada es la cualidad de la independencia e imparcialidad de los árbitros. Según el diccionario de la RAE, imparcialidad se define como: «Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud». Como señala MATHEUS LÓPEZ³, debe distinguirse entre dos conceptos: «La independencia (factor objetivo) se refiere a la posición o situación del árbitro (relativa a sus relaciones). La imparcialidad (factor subjetivo) importa una actitud de naturaleza intelectual o psicológica por parte del árbitro (relativa a un estado de la mente)».

En cualquier caso, y aunque parece que no resulta fácil saber si alguien es imparcial o no, lo cierto es que la tacha de parcialidad de un árbitro tiene importantes consecuencias en el procedimiento arbitral y puede llegar a provocar la anulación del laudo.

A lo largo de las próximas páginas voy a tratar de aclarar qué criterios y qué procedimientos se han de seguir para la designación de los árbitros. Haré hincapié en el requisito de la imparcialidad, con especial referencia, desde este punto de vista, a la posibilidad de actuación como árbitros de notarios y registradores. Pero, antes de nada, conviene ubicar el arbitraje en el marco de nuestra Constitución.

2. ENCAJE CONSTITUCIONAL

La Constitución ha configurado la función jurisdiccional como un auténtico poder (art. 122). Desde esa perspectiva institucional, ha atribuido a jueces y magistrados la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3).

Igualmente ha establecido entre los derechos fundamentales el de que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1). Pero al mismo tiempo, y no con menor peso o relevancia, ha consagrado como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, que ha de ser promovido en un Estado social y democrático de Derecho, el de la libertad de los ciudadanos (art. 1.1). También ha ordenado a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2).

Por todo ello el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones⁴ en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de este ejercicio⁵.

Consecuentemente, las personas, en ejercicio de esa libertad, pueden decidir que las controversias que surjan entre ellas sobre determinadas relaciones jurídicas sean resueltas al margen del aparato jurisdiccional, por medio de un tercero. Y los poderes públicos, no solo deben respetar esa decisión, sino que también han de disponer los instrumentos necesarios para que ese mecanismo de resolución de disputas sea efectivo.

Precisamente por ello, la Ley de Arbitraje (en adelante LA) ha establecido normas que ponen a disposición del procedimiento arbitral la colaboración de los órganos jurisdiccionales⁶, colaboración indispensable para que el procedimiento pueda desarrollarse adecuadamente y la solución que se acuerde sea de verdad efectiva. En concreto:

- Prevé la fuerza vinculante del convenio arbitral entre las partes que lo han firmado, impidiendo que los tribunales conozcan del asunto. Así, el artículo 11 comienza señalando: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».
- En el momento inicial del procedimiento, y para evitar su bloqueo por las eventuales discrepancias a la hora de nombrar a los árbitros, el artículo 15 también previene la intervención judicial para dicho nombramiento. E, igualmente, el artículo 19 dispone que se resuelvan judicialmente las diferencias entre las partes a la hora de acordar la remoción de un árbitro que hubiera incurrido en una causa de imposibilidad de hecho o de derecho, o cuando no ejerza sus funciones dentro de un plazo razonable. A estos efectos el artículo 8.1 determina el Tribunal competente, señalando: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal

del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este *aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección*».

• También está prevista la posibilidad de la asistencia judicial para la adopción de medidas cautelares, ya sea antes de la iniciación del procedimiento, ya durante su substanciación. Por un lado, el artículo 11.3 dispone: «El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas. Y además el artículo 23 dispone que sean los propios árbitros los que acuerden la adopción de dichas medidas cautelares, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley, serán ejecutadas por el tribunal competente⁷, el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

• Igualmente está prevista la asistencia judicial para la práctica de la prueba. En concreto el artículo 33 establece: «1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por este de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. 2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones. La competencia, según lo establecido en el artículo 8.2, corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia».

• Conforme a lo establecido en los artículos 40 a 42, será también la autoridad judicial la que resuelva los recursos que se puedan plantear para la anulación del laudo. Pero siempre teniendo en cuenta que esta acción solo podrá fundarse en los motivos tasados que prevé el artículo 41.1, que no pueden suponer una revisión del fondo del asunto. Para ello será competente, con arreglo al artículo 8.5, «la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde aquel se hubiere dictado».

• Asimismo, se establece en los artículos 44 y 45 la ejecución forzosa del laudo con arreglo a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para ello se atribuye la competencia por el artículo 8.4 al «Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

• Y, sobre todo, el artículo 43 dispone: «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso,

solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

En definitiva, si el laudo produce efectos de cosa juzgada y es susceptible de ejecución forzosa a través del procedimiento previsto en la LEC, podemos concluir que el laudo es equiparable a una sentencia. Esto es lo que implica que se hable del arbitraje como «equivalente jurisdiccional»⁸.

Esta concepción del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos alternativo y equiparable a la vía judicial ha encontrado un claro eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dice, por ejemplo, la sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, (BOE de 28 de diciembre): «*Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)”*».

Siguiendo a MERINO MERCHÁN⁹, se puede concluir que a través de diversas sentencias (43/1988, de 16 de marzo, BOE de 12 de abril, 15/1989, de 26 de enero, BOE de 20 de febrero, 62/1991, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril) el Alto Tribunal ha sentado la doctrina del equivalente jurisdiccional, pero exigiendo para ello que se cumplan una serie de condiciones:

- Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en las Cortes.
- Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal, al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1, 6^a y 9^a de la Constitución).
- Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.
- Que concurra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el procedimiento judicial ordinario del juez del Estado. Es decir, que, una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.
- Que, por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no solo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional pre establecido legalmente, sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos a la cosa juzgada.

Pero no pueden quedar dudas de que el arbitraje, a diferencia de la jurisdicción, no es un poder público, y que los árbitros, al contrario que los jueces, no

son representantes del Estado. Eso no significa que en el arbitraje las partes queden abandonadas y desprotegidas. Como muy acertadamente señala CARAZO LIÉBANA¹⁰, en el arbitraje «*solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje*».

No obstante, sí que conviene dejar claro que no es aplicable al ámbito de las actuaciones arbitrales la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en diferentes fallos¹¹. Pero entonces, ¿cómo se puede garantizar que el laudo arbitral no ha vulnerado las garantías constitucionales? Parece que el camino ha de ser el de plantear las posibles violaciones de esas garantías constitucionales que se hayan podido producir durante el procedimiento arbitral, al ejercitarse la acción de anulación del laudo regulada en el artículo 41 de la LA. Quizá el motivo más adecuado para ello sea invocar que el laudo es contrario al orden público. En este sentido, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 43/1986, de 15 de abril, BOE de 29 de abril, que reconoció explícitamente que el orden público del foro ha adquirido en España, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Carta Magna¹².

Un ejemplo de aplicación práctica de este criterio lo encontramos en la sentencia 8235/2013, de 20 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que define el orden público cuya vulneración permite anular el laudo arbitral conforme lo establecido en el artículo 41 LA, como préstamo conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español¹³.

En definitiva, aunque no existe un reconocimiento expreso del arbitraje en nuestra Constitución, hay que afirmar que esta institución está plenamente anclada en los principios constitucionales, hasta el punto de haber sido calificada como un «equivalente jurisdiccional», al que le son aplicables, con las necesarias adaptaciones, todas las garantías que la Carta Magna establece para los procesos judiciales. Hay autores¹⁴ que incluso proponen que de *lege ferenda* se incorpore al texto constitucional una referencia explícita al arbitraje y a otras mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

II. REQUISITOS NECESARIOS PARA SER ÁRBITRO

1. REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY

Con carácter general el artículo 13 de la LA dispone: «Capacidad para ser árbitro. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de

sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

Parece, por tanto, que solo pueden ser árbitros las personas que sean mayores de edad y que no tengan limitado el ejercicio de sus derechos civiles. El legislador no quiere árbitros que tengan algún tipo de limitación. Cuatro son las situaciones que pueden resultar dudosas, a saber: los emancipados, los incapacitados, los concursados y, por último, los penados. Por lo que respecta a los menores emancipados, dado que, conforme a lo establecido en los artículos 323 y 324 del Código civil necesitan complementar su capacidad para determinados actos, no pueden considerarse que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no pudiendo, en consecuencia, actuar como árbitros. Lo mismo cabe decir con relación a los declarados incapaces mediante sentencia. Aunque es cierto que el artículo 760 de la LEC prevé que será la sentencia que declare la incapacitación la que determinará la extensión y los límites de esta, lo cierto es que, por pequeña que sea la limitación de capacidad declarada, ya no se puede hablar de personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles que la LA exige para ejercer funciones arbitrales.

Más dudoso puede ser el caso de las personas declaradas en concurso. No obstante, entiendo que tampoco puede desempeñar la función de árbitro una persona física declarada en concurso, dado que, en el más leve de los supuestos, el artículo 40.1 de la Ley Concursal prevé que el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero queda sometido en el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Consecuentemente, tampoco parece que se trate de una persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, he de reconocer que hay autores que defienden la posibilidad de que un concursado pueda ser árbitro si no ha sido declarado culpable en el concurso conforme al artículo 172 de la Ley Concursal¹⁵.

Por la misma razón que en el caso de los concursados, entiendo que no podrán ser árbitro las personas que hayan sido condenadas a alguna de las penas de privación de derechos que establece el artículo 39 del Código Penal. Naturalmente, mientras la pena se esté cumpliendo, ya que no supone causa de incapacidad la mera existencia de antecedentes penales¹⁶.

El segundo elemento determinante para reconocer la aptitud para ser árbitro es el de que la legislación a la que pueda estar sometido por el ejercicio de su profesión no se lo impida. Es decir, que no esté afectado por un régimen de incompatibilidades. Quizá el ejemplo más claro a este respecto lo encontramos en el caso de los jueces y magistrados, a los que el artículo 389 de la LOPJ les declara incompatibles con el ejercicio de cualquier cargo o profesión retribuida, salvo la docencia e investigación, y con el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

Finalmente debe advertirse cómo la nacionalidad del árbitro no será obstáculo alguno para el desempeño de su función, salvo acuerdo contrario de las partes.

Vistos los requisitos legales exigidos para que una persona se considere con capacidad y aptitud legal para ser árbitro, ha de concluirse este apartado estudiando el momento en qué ha de exigirse la concurrencia de dichos requisitos. La actual Ley de Arbitraje no determina cuándo ha de reunir el árbitro el requisito de la plena capacidad. La Ley de 1988, en su artículo 12, sí que señalaba como fecha determinante la de la aceptación del cargo. Esto ha provocado dudas en la doctrina acerca de si el árbitro ha de ser plenamente capaz desde su designación¹⁷, o si basta que tenga dicha capacidad al tiempo de la aceptación¹⁸. Por su parte señala REMÓN PEÑALVER¹⁹ que el mayor valor del principio de seguridad jurídica exige que los requisitos de capacidad se reúnan ya desde la designación. En mi opinión, habrá que analizar caso a caso. Dado que la Ley no impone un criterio cierto, no debe descartarse que en algunos supuestos pueda nombrarse a una persona como árbitro, condicionando dicho nombramiento a la circunstancia de que dicha persona goce de plena capacidad o no esté sujeta a incompatibilidad legal al tiempo de iniciarse el procedimiento arbitral.

2. ARBITRAJES EN DERECHO

Vistas las exigencias generales que la Ley establece para poder ser árbitro, hay que referirse ahora al caso particular de los árbitros que han de intervenir en los arbitrajes de derecho. Si se trata de arbitrajes de equidad, se aplican las normas generales antes expuestas, pero en los casos de arbitrajes a resolver en derecho, establece el artículo 15.1 de la LA: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista».

Por tanto, el árbitro en estos casos, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa, ha de reunir la condición de jurista. Como señala ARMAS OMEDES²⁰, según el Diccionario de la RAE, el término jurista tiene dos significados: «persona que ejerce una profesión jurídica», y «persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del Derecho». Si combinamos lo establecido en este artículo con lo previsto con carácter general en el artículo 13, hemos de concluir que podrán ser árbitros en derecho todos los profesionales del derecho en un sentido amplio. Partiendo de esta referencia, entiende ARMAS OMEDES²¹ que deben distinguirse dos tipos de juristas:

- Los que ejercen una profesión jurídica, que deben acreditar que ostentan un título académico que acredite un conocimiento suficiente del Derecho, y

la pertenencia a la corporación o colegio profesional que corresponda a dicha profesión. En mi opinión, este segundo requisito no es imprescindible, puesto que pueden existir juristas que no estén sujetos a colegiación obligatoria (por ejemplo, funcionarios públicos cuyo régimen de incompatibilidades les permita ser árbitros);

- Los que se dedican al estudio e investigación jurídica, entre los que se encuentran los profesores universitarios y los autores dedicados a la literatura jurídica.

Hay que alabar el criterio que actualmente recoge la LA de permitir la actuación como árbitro de todo tipo de juristas. En este sentido, a diferencia de lo que se preveía antes de la reforma de 2011, ya no es imprescindible que se trate de abogados en ejercicio. Esto permite abrir el abanico de profesionales que pueden ejercer la función arbitral²².

Sin embargo, esta amplitud entraña ciertos riesgos. Salvando el caso en el que las partes designen de mutuo acuerdo a los árbitros, en los demás supuestos siempre quedará la duda de si no queda la puerta abierta para que alguna de ellas impugne la validez del laudo al amparo de lo previsto en la letra d) del artículo 41.1 de la LA («Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley»), por considerar que el elegido no reúne realmente la condición de jurista.

Es por todo ello que las instituciones arbitrales tienen una gran responsabilidad a este respecto, y han de garantizar que seleccionan árbitros que indubitablemente son juristas. Para ello habrán de cerciorarse de que las personas elegidas ostentan la titulación académica necesaria y que tienen al menos una mínima experiencia en la aplicación práctica o en la investigación teórica del Derecho. Aunque es cierto que la Ley no parece exigir una experiencia mínima para ostentar la condición de jurista, lo normal será que las instituciones que administran los arbitrajes establezcan este requisito de la experiencia en el desarrollo de la correspondiente profesión jurídica para admitir a los candidatos a árbitro en sus listas²³.

Como se ha señalado antes, si se tratase de un arbitraje de equidad no es imprescindible que el árbitro reúna la condición de jurista. No obstante, ningún inconveniente hay en que para un arbitraje de equidad se designe a un profesional del Derecho. Podemos citar en este sentido el Auto de 12 de diciembre de 2011 del TSJ de Madrid²⁴, que defiende que, aunque la Ley solo exige la intervención de un jurista en los arbitrajes de derecho, las partes pueden designar también a este tipo de profesionales en los de equidad. Incluso, en ocasiones, aunque se trate de un arbitraje en equidad, puede resultar conveniente nombrar árbitro a un jurista, puesto que muchos de los aspectos de la controversia

objeto de resolución en el proceso arbitral podrán entenderse mejor con una adecuada formación jurídica, aunque luego el laudo deba fundarse en criterios de equidad²⁵.

3. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS

Dentro del grupo de las profesiones que tradicionalmente se han catalogado como jurídicas en España se encuentra la de los notarios y registradores de la propiedad. Se trata de dos Cuerpos de funcionarios del Estado que ejercen su función en un régimen de una organización profesional y actuando bajo una responsabilidad personal directa, sin que el Estado tenga que hacer frente a los eventuales daños y perjuicios que ocasionen en el desempeño de su actividad.

Ambas profesiones están reservadas a titulados en Derecho que superen una rigurosa oposición de contenido estrictamente jurídico. Por tanto, es indiscutible que se trata de personas que ejercen una profesión jurídica, es decir, de juristas. Pero no siempre se les ha permitido ejercer funciones arbitrales.

En nuestra reciente historia estos funcionarios han tenido vedada la posibilidad de ejercer como árbitros por disposición de la Ley. Durante el largo periodo de vigencia de la Ley de 1953, el principal obstáculo venía representado por la exigencia de que en los arbitrajes en Derecho tuviera que designarse como árbitro a un letrado en ejercicio (art. 20). Posteriormente, la Ley de 5 de diciembre de 1988, en su artículo 12.4, prohibía expresamente la posibilidad de ser árbitro a «quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel». Luego, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, eliminó esta prohibición expresa, pero volvió a establecer la exigencia de que los árbitros que resuelven en derecho deban ser abogados en ejercicio, con lo que, de facto, seguía impidiendo a los notarios y registradores el desempeño de este tipo de funciones. Ha habido que esperar hasta la reforma de la Ley de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para que se les abra definitivamente la puerta del arbitraje como juristas que son.

Consecuentemente, hoy ya no es discutible la aptitud legal de estos funcionarios públicos para actuar como árbitros.

III. SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

En esta materia, como en la mayoría de las que regula la LA, prima el principio de libre decisión de las partes. No obstante, es necesario distinguir dos vías distintas que implican diferentes soluciones al procedimiento de designación de los árbitros.

1. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Si el arbitraje se encomienda a una institución, las partes se someten al reglamento que dicha institución arbitral tenga previsto para todo el desarrollo del proceso. Así lo establece el artículo 14.2 de la LA: «Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos». A partir de ese instante habrá que estar a lo establecido en el correspondiente reglamento respecto al número de árbitros y al sistema de designación.

La encomienda a una corte arbitral no significa que quede anulada totalmente la autonomía de la voluntad de las partes. Muy al contrario, la mayoría de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales de España reservan a los contendientes la facultad de decidir el número y la identidad de los árbitros. Será en defecto de dicho acuerdo cuando entren a funcionar las reglas de designación previstas en el reglamento, que, generalmente, implican el nombramiento de un solo árbitro (salvo que la complejidad del asunto requiera que se designe un tribunal arbitral pluripersonal). Normalmente, en estos casos el árbitro lo designará directamente la corte, aunque a veces se ofrece a las partes cierto margen de intervención en el proceso²⁶.

Lo que parece claro es que, cuando se ha convenido que el arbitraje sea tramitado ante una corte arbitral determinada, las partes ya no podrán acudir al procedimiento judicial regulado en el artículo 15 de la LA, al que luego haré alusión. En este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2013 del TSJ de Canarias señaló que cuando se ha designado a una corte arbitral no es competente la Sala del TSJ para su nombramiento²⁷.

Distinto es el caso en el que las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo en que se va a iniciar el arbitraje, o sí, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 de la LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral. En estos supuestos sí que parece posible acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje²⁸.

2. ARBITRAJE *AD HOC*

Para los casos en los que las partes no han querido someterse a un arbitraje administrado por una corte arbitral, la Ley parte de la atribución a los litigantes de plena libertad de decisión. Así, el primer inciso del artículo 12 señala: «Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros (...). Y el artículo 15.2, primer párrafo afirma: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros (...).».

No obstante este reconocimiento general de libertad de decisión, la Ley impone dos limitaciones básicas que deben respetarse en todo caso. En primer término, conforme al artículo 12, se exige que el número de árbitros sea impar, previendo que, en caso de desacuerdo, se designará un solo árbitro. La exigencia de que el número sea impar responde a la lógica necesidad de evitar los empates, y la opción por un solo árbitro en casos de desacuerdo busca la rapidez y la sencillez en el procedimiento.

En segundo lugar, el artículo 15.2 de la Ley exige que el procedimiento de designación de los árbitros que las partes escojan ha de respetar en cualquier caso el principio de igualdad. La referencia al principio de igualdad parece que está pensada en relación con la igualdad de las partes en el proceso. No obstante, tampoco cabría pactar un sistema de designación que atentase contra el principio constitucional de igualdad recogido en el artículo 14 de la Carta Magna: no sería posible, por ejemplo, convenir que del proceso de selección de los árbitros sean excluidas las personas de una determinada creencia religiosa, raza o sexo.

Es muy significativa la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2014 cuando aborda la importancia del respeto al principio de igualdad en el sistema elegido para la designación de los árbitros. Parte de la premisa del carácter imperativo del artículo 15.2. A partir de ahí considera inadmisible que se designe árbitro a una de las partes (*nemo iudex in causa propria*). Pero también estima contraria al principio de igualdad cualquier otra actuación que implique una posición de privilegio para cualquiera de las partes implicadas, aunque no haya sido buscada de forma deliberada²⁹.

3. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS

Aunque el arbitraje por definición implica una opción por resolver el conflicto al margen de la autoridad judicial, como ya señalé al comienzo de estas notas, en ocasiones es necesario acudir al auxilio judicial para que el procedimiento arbitral pueda llegar a término y cumplir con la finalidad que la Ley le ha encomendado. Uno de esos momentos en que resulta preciso acudir al juez en busca de ayuda para superar un obstáculo que impide que comience el procedimiento arbitral es el de la designación de los árbitros.

Cuando el convenio arbitral no ha previsto el procedimiento para la elección de los árbitros, o cuando, habiéndolo previsto, alguna de las partes no se allana a su cumplimiento, la única manera de continuar es pedir el auxilio judicial. A ello se refieren los artículos 8.1 y 15, puntos 2 a 7 de la LA. Conviene destacar las siguientes cuestiones:

A) Tribunal competente

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LA: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección».

B) Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro

a) Que no se trate de un arbitraje administrado

Como ya comenté antes, si se ha pactado que el arbitraje se desarrollará ante una corte arbitral determinada, serán las normas recogidas en sus estatutos o reglamentos las que resuelvan el procedimiento de designación de los árbitros. Si las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo de iniciar el arbitraje, o si, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 de la LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral, en estos supuestos sí que parece posible, como también aclaré anteriormente, acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje.

b) Que exista un convenio arbitral

El punto cinco del artículo 15 establece: «El Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral».

Este precepto, además de establecer como requisito para la designación judicial del árbitro la existencia del convenio, a *sensu contrario*, está también fijando los límites que constrñen al Tribunal a la hora de tomar la decisión. Es decir, solo se está dilucidando el nombramiento de los árbitros, para lo cual hay que comprobar que existe el convenio arbitral. Pero, en ningún caso, puede abordarse cualquier otro aspecto afectante al fondo de la controversia, ya que tal misión está reservada al procedimiento arbitral. Veamos estas diferentes perspectivas:

a') Existencia del convenio arbitral

Parece evidente que para que un juez acceda al nombramiento de un árbitro debe comprobar que existe la premisa esencial del arbitraje: el acuerdo de las partes de someter a arbitraje la resolución de sus controversias, es decir, el convenio arbitral. En este sentido, el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LA señala: *«el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio»*. Como señala REMÓN PEÑALVER³⁰, *«la idea del «equivalente jurisdiccional» se centra, pues, en los efectos del laudo, pero es compatible con el dato de que el arbitraje es una institución con contenido propio que se funda en la autonomía de la voluntad y nace, precisamente, de una renuncia transitoria al ejercicio de acciones en la vía judicial»*.

Consecuentemente, la función del juez es verificar que hay un acuerdo de las partes para someterse al arbitraje. Pero solo debe comprobar que tal convenio existe, en cualquiera de las formas que admite el artículo 9 de la LA. De hecho, en ocasiones la existencia del convenio arbitral puede resultar confirmada por el reconocimiento que las partes hacen en el mismo procedimiento de designación judicial de árbitros. Así puede verse, por ejemplo, en la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: *«La demandante no ha acreditado documentalmente la existencia del convenio arbitral (hace referencia al mismo, y lo señala como documento nº 3, pero dicho documento, como otros se señalan, no se ha aportado junto con la demanda). No puede, sin embargo, ponerse en duda su existencia, pues ha sido expresamente admitida por las demandadas, por lo que procede la designación de un árbitro por esta Sala»*³¹.

Respecto a la apreciación de cuándo existe o no convenio arbitral, es bastante interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, que analizaré detenidamente en el siguiente apartado. Dicha sentencia parte del criterio sentado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y fundamento del arbitraje. Por ello, considera este fallo, que es admisible una interpretación amplia del convenio arbitral, salvo que se trate de una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión³².

En esta línea de garantizar que la sumisión a arbitraje, en tanto que renuncia al derecho a la tutela judicial, esté basada en el acuerdo libre de las partes, conviene citar la reciente sentencia 1/2018, de 11 de enero, del Tribunal Constitucional³³, que ha declarado inconstitucional el artículo 76,e) de la Ley del Contrato de Seguro, que establece: «El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la

cuestión disputada». Considera el Alto Tribunal que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución que exige que toda renuncia a dicho derecho de acceso a la jurisdicción conste de manera explícita, clara, terminante e inequívoca, determinación que no concurre cuando se ha impuesto de manera obligatoria el arbitraje.

b') Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil

El juez debe cerciorarse de que el demandado en este procedimiento es parte o se encuentra vinculado por el convenio arbitral³⁴. Como he señalado antes, el arbitraje está basado en la autonomía de la voluntad de las partes y la decisión libre que adoptan, acordando no someterse a la vía jurisdiccional para la resolución de las controversias que puedan surgir entre ellas. Es decir, hay una base contractual en el origen del arbitraje. Y, como señala el artículo 1257 del Código civil, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

No son pocas las ocasiones en que el convenio arbitral está incluido en una relación jurídica que afecta a derechos reales inmobiliarios o que forma parte de los estatutos de una sociedad mercantil. En estos casos se plantea la posibilidad de inscribir dicho convenio en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

No es este el lugar para analizar en profundidad la admisibilidad de esta inscripción y sus efectos respecto a terceros. Hay algún autor (SANSA TORRES³⁵) que sostiene que, mientras en el caso del arbitraje societario no hay dudas de que la inclusión del convenio arbitral en los estatutos sociales implica que los socios que se incorporen a la sociedad con posterioridad por vía de adquisición de acciones o participaciones se verán vinculados por dicho convenio arbitral, en el caso del Registro de la Propiedad no está nada claro que un convenio arbitral pueda tener acceso a los libros registrales porque carece de trascendencia real, dado que no encaja en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, y además no puede considerarse una carga que grave la finca. Sin embargo, existen muchas más opiniones³⁶ que entienden que el convenio arbitral es inscribible y que, una vez inscrito, será oponible a terceros conforme a las reglas derivadas de los principios hipotecarios.

Por mi parte considero que el convenio arbitral, tanto en el arbitraje societario como en el inmobiliario, es susceptible de inscripción. Con dicha inscripción adquiere eficacia frente a los terceros, los cuales se verán obligados a utilizar la vía arbitral en los términos que prevé la Ley de Arbitraje. Por eso pienso que son extensibles al ámbito inmobiliario las conclusiones que para el arbitraje societario sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007: «(...) los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los

fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no solo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio (...».

En lo que ahora interesa, conviene destacar que uno de los contenidos del convenio que se reflejará en la inscripción ha de ser el relativo al modo de designación de los árbitros. A este respecto, señala MATEO Y VILLA³⁷ que caben distintas posibilidades en cuanto al contenido del convenio en estos extremos, según se trate de arbitraje administrado o arbitraje *ad hoc*.

Es cierto que tanto la LA como la jurisprudencia adoptan una posición favorable a la conservación del convenio arbitral, de suerte que no se considera contenido esencial de este la previsión del sistema o procedimiento para la designación de los árbitros. En este sentido, la sentencia de 11 de marzo de 2014 del TSJ de Valencia³⁸, recalca la pervivencia del convenio, aunque no contenga las normas de designación de los árbitros. En este caso, se entenderá que el arbitraje será de un solo árbitro (art. 12 LA), que será designado, a falta de acuerdo de las partes, por el juez a petición de cualquiera de ellas (art. 15.2,a). Consecuentemente, ningún problema ha de plantearse para inscribir el convenio arbitral en el Registro, aunque este no recoja referencia alguna al sistema de designación de los árbitros. Ahora bien, si se prevén en el convenio cláusulas o reglas específicas para la designación de los árbitros, el registrador habrá de analizarlas con detalle para garantizar que cumplen con los requisitos que con carácter imperativo impone la Ley, prestando especial atención al necesario respeto del principio de igualdad. También deberá exigir que dichas cláusulas sean claras y precisas, por exigencias del principio de especialidad (arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento)³⁹.

Inscrito en el Registro un convenio arbitral que recoja normas y reglas para la designación de los árbitros, dichas reglas serán aplicables, no solo a las personas que hayan suscrito el citado convenio, sino a todos los terceros que con posterioridad hayan inscrito su titularidad en el Registro o hayan adquirido acciones o participaciones sociales, en la medida en que el contenido del Registro les será oponible. Y así habrá de tenerlo en cuenta el juez en el caso de que se acuda al procedimiento de designación judicial de los árbitros previsto en el artículo 15 de la LA.

c') ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral?

La respuesta a este interrogante no es pacífica. Es verdad que la letra del artículo 15.5 y el texto de la Exposición de Motivos de la Ley parecen abocarnos

a una respuesta negativa a esta pregunta. Dice, en efecto, esta última: «*debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia*».

Sin embargo, en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia observamos diferentes posturas. Para algunas resoluciones el juez puede rechazar el nombramiento de los árbitros, no solo cuando aprecie la inexistencia del convenio, sino también cuando entienda que la materia de fondo no es susceptible de arbitraje. En otros casos entran a analizar la validez del convenio. Así, algunas sentencias consideran que debe analizarse si la materia objeto de la controversia es susceptible de arbitraje⁴⁰. También encontramos fallos que estiman necesario que el juez analice la capacidad de las partes que han celebrado el convenio arbitral que justifica la solicitud de auxilio judicial para la designación de los árbitros⁴¹.

Por otro lado, existen pronunciamientos judiciales que van en una línea más restrictiva y que tratan de ajustarse a la letra del artículo 15.5. Consideran estas resoluciones judiciales que la Sala del TSJ no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia. Por tanto, el órgano judicial solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral. El resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por el Tribunal, porque, en caso contrario, se estaría suplantando la decisión del árbitro⁴².

El Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 27 de junio de 2017, ha abordado esta polémica con ocasión del análisis de otra cuestión también muy discutida: el ámbito de decisión del juez ante el que se plantea la excepción declinatoria de existencia de un convenio arbitral prevista en el artículo 11 de la LA. Conviene analizar el caso con detalle:

- Hechos: una sociedad mercantil presenta una demanda contra un banco solicitando del juez la declaración de nulidad de sendos contratos financieros. El banco demandado opone la correspondiente excepción declinatoria conforme al artículo 11 de la Ley de Arbitraje, al entender que esta controversia debía solventarse a través de un procedimiento arbitral, de acuerdo con el convenio suscrito por las partes. El Juzgado no aceptó la declinatoria y terminó estimando parcialmente la demanda y declarando nulo uno de los contratos. Interpuesto recurso por el banco, la Audiencia Provincial lo desestimó. El banco formula

exclusivamente recurso extraordinario por infracción procesal. La cuestión objeto de este recurso ha quedado circunscrita a la desestimación de la declinatoria que planteó dicha entidad de crédito con base en el convenio arbitral que se contiene en las condiciones generales del contrato marco de operaciones financieras suscrito entre las partes, y al alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y decidir qué materias han sido sometidas a arbitraje, cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

• Cuestión objeto de debate principal: comienza el primer fundamento de Derecho centrando cuál es el objeto de debate: *«La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del artículo 11 de dicha ley y a los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa».*

• Dos tesis enfrentadas: a continuación, nos resume el Alto Tribunal cuáles son las teorías que existen al respecto. Así, señala en segundo fundamento: *«Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio».*

• Posición del Tribunal Supremo: En el primer párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho la Sala se pronuncia sin ambages: *«Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje».* Posteriormente, en los apartados sexto y séptimo se confirman las conclusiones derivadas de adoptar esta tesis: *«6. La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado,*

por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio. 7. Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje».

• Razones que sustentan esta posición: del tenor de los puntos 3, 4 y 5 del citado tercer fundamento de Derecho se explicitan las razones que conducen a esta solución:

1. Régimen procesal de la declinatoria: «*Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje y los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial».*

2. Respaldo de los tratados y normas internacionales: «*Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, conforme al cual “el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio. Una previsión similar se contiene en el artículo 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador. Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de*

2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que “ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional”»;

3. El proceso de elaboración de la norma así lo confirma: «También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreseer el proceso judicial “a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”, que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El artículo 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria».

Es, precisamente al tratar de aportar argumentos que justifiquen la decisión que definitivamente va a adoptar la Sala, cuando la sentencia termina también sentando criterio, aunque sea *obiter dicta*, sobre la correcta interpretación del artículo 15.5 de la LA. En concreto, dice el segundo párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho: «Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el artículo 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que “el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”. En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje».

Parece que el Tribunal Supremo ha optado por una posición aparentemente intermedia que, en mi opinión, tiene sus peligros. A primera vista se ajusta a la letra del artículo 15.5, pero metiendo la cuña de los casos en los exista nulidad radical prevista por normas de orden público. Abrir esta puerta puede dar lugar a que el juicio verbal previsto para la designación de árbitros se convierta de

hecho en un procedimiento en el que se discuta sobre la validez del convenio arbitral, privando así a los propios árbitros de su competencia. El mismo concepto de *normas con carácter de orden público*, es lo suficientemente abierto que puede permitir a las partes y al juez analizar en profundidad el convenio para ver si hipotéticamente se están o no vulnerando normas imperativas. Y eso no es lo que dice el artículo 15. De nuevo aquí salen a relucir los prejuicios anti arbitrales que, por desgracia, afloran por doquier en la doctrina y en la jurisprudencia en España.

Ya encontramos alguna sentencia de Tribunales Superiores de Justicia que ha aplicado el criterio que ha sentado el Tribunal Supremo en este fallo. Es digna de alabanza, por su empeño en preservar la autonomía del proceso arbitral, la sentencia del TSJ de Navarra de 21 de mayo de 2018, que, tras invocar la sentencia del TS de 27 de junio de 2017, impone una clara interpretación restrictiva sobre el alcance de la decisión del Tribunal en el procedimiento de designación de los árbitros en relación con la existencia y validez del convenio arbitral⁴³.

c) Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros

La Ley de Arbitraje, siguiendo el principio dispositivo, que está presente de forma constante a lo largo de su articulado, también se ha decantado en cuanto al nombramiento o designación de los árbitros por dar prioridad a lo que las partes hubieran pactado. Así, el artículo 15.2 comienza diciendo: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas». Posteriormente, en el punto 3, dispone el artículo 15: «Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello».

Como puede deducirse de estos dos preceptos, está claro que no cabe solicitar del juez la designación de los árbitros si antes no se ha intentado su nombramiento por el procedimiento previsto en el convenio arbitral⁴⁴.

Por otro lado, aun en el caso de que sea preciso acudir al juez ante la negativa de una de las partes a cumplir lo pactado, la actuación judicial deberá respetar dicho pacto y ajustarse a lo previsto en el convenio para hacer el nombramiento de los árbitros. Y es que el peso de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es muy fuerte⁴⁵.

Resulta interesante la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017, puesto que pone de manifiesto, por un lado, la idea de que prevalece la voluntad de las partes plasmada en el convenio, y, por otro, que ha de valorarse la buena o mala fe de cada una de las partes en el cumplimiento de dicho convenio⁴⁶.

Esta idea de que la voluntad de las partes tiene preferencia frente a la intervención judicial, se ve con suma claridad en el caso resuelto por la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016. Se trata de un supuesto en el que se había pactado en el convenio arbitral la sumisión a un arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje. Intentada por una de las partes la iniciación de dicho arbitraje ante la CEA, esta institución rechazó administrarlo por existir conflicto de interés que pondría en quiebra la necesaria imparcialidad. Ante esta circunstancia el demandante solicita del TSJ que ordene a la CEA que administre el arbitraje y, subsidiariamente, que designe otra institución arbitral equivalente para que se encargue del mismo. El Tribunal desestima las pretensiones de la parte demandante conforme a una serie de conclusiones:

1. No es objeto del procedimiento del artículo 15 el nombramiento o designación de cortes arbitrales. Señala el TSJ que *«no tiene competencia para el nombramiento de Cortes Arbitrales, ni para ordenar a las mismas que administren un arbitraje que han rehusado, puesto que la función de este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la LA, es el nombramiento de árbitros, tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en sentencia de 27 de enero de 2015».*

2. Esta conclusión se asienta sobre la premisa de que solo el libre acuerdo de las partes puede justificar el sometimiento a los reglamentos y estatutos de una corte arbitral: *«Conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de Arbitraje del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La anterior premisa ha de conectarse con el régimen jurídico del arbitraje institucional, y resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la “limitación” que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada. (...)».*

3. De los preceptos de la LA y de su Exposición de Motivos la sentencia extrae *«varias conclusiones sobre el arbitraje institucional, que: —La sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra. —Las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y*

atribuidas unas responsabilidades que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación».

4. Como consecuencia de lo expuesto se concluye: «*En este caso, el consentimiento o voluntad de las partes de someterse a la CEA no es válido, puesto que si los demandados hubieran tenido conocimiento en el momento de la firma del convenio, de todo lo ocurrido y de que la CEA podría no ser independiente e imparcial, debido a su estrecha relación con HTHR, no se habría firmado el convenio, ni se hubiera sometido a esa institución arbitral, pues la sumisión a la misma, como hemos apuntado, debe realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra».*

5. Por otro lado, «*En cuanto a las peticiones subsidiarias del demandante de que se ordene a una institución arbitral —Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje— que nombre árbitro con arreglo a su reglamento de arbitraje y proceda a administrarlo, o el nombramiento de un árbitro único, que sea abogado en ejercicio, con experiencia en el ámbito de derecho mercantil y societario, y que cuente con conocimientos en operaciones de fusiones y adquisiciones y de capital de riesgo, la respuesta es obvia, no es competencia de este Tribunal el designar Cortes Arbitrales, y en cuanto al nombramiento de un solo árbitro, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje es a todo el convenio arbitral, ya que como hemos indicado la institución que administra el arbitraje integra la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, así como sus decisiones, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación».*

Ha de advertirse, no obstante, que también se pueden encontrar otros fallos judiciales que parecen seguir otra vía distinta. Así, puede citarse la sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2011, que admite la competencia del Tribunal para designar árbitros en un caso en el que la corte arbitral de la Cámara de Comercio designada como encargada de administrar el arbitraje no existía⁴⁷.

d) Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio.

Es evidente que para acudir al juez debe existir un desacuerdo de las partes al designar al árbitro en los términos en que se había pactado en el convenio. En el momento en que se constate el acuerdo, el juez ha de ajustarse al mismo y respetar la decisión de los litigantes. Vuelvo a insistir en la prevalencia de la

autonomía de la voluntad de las partes. Respetándose el principio de igualdad, lo que las partes acuerden es ley en el arbitraje⁴⁸.

Es por ello por lo que, si una vez iniciado el proceso judicial previsto en el artículo 15 de la LA, las partes alcanzan un acuerdo sobre el nombramiento de árbitros, el Tribunal ha de limitarse a homologarlo y ajustarse a sus términos. La sentencia del TSJ de Asturias de 7 de octubre de 2015 constituye un buen ejemplo de cómo el Tribunal se ha de limitar a homologar el acuerdo alcanzado entre las partes⁴⁹.

Finalmente, conviene aclarar que, aunque en el convenio no se recoja un procedimiento para la designación de los árbitros, no es posible solicitar la intervención judicial a tal efecto si antes no ha intentado el demandante realizar las actuaciones necesarias para tratar de convenir el nombramiento con la parte demandada. Y es que en el arbitraje la intervención judicial es siempre el último remedio⁵⁰.

Conviene traer a colación por mantener un criterio claramente opuesto la sentencia del TSJ de Canarias de 11 de marzo de 2015 que afirma que el requerimiento previo de una de las partes hacia la otra a fin de buscar un acuerdo no es requisito imprescindible para pedir la formalización judicial del arbitraje⁵¹.

No parece acertado el criterio sostenido en esta última sentencia. El concepto de auxilio judicial en el arbitraje parte siempre de la idea de la subsidiariedad. Ello implica que los Tribunales solo actúen en los casos en que resulte imprescindible. No tiene sentido acudir al juez para que designe árbitros sin haber previamente agotado las posibilidades de acuerdo entre las partes.

C) *Tipo de procedimiento*

Conforme a lo establecido en el artículo 15.4: «Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal».

Al margen de lo que ya he ido apuntando en los puntos precedentes sobre el alcance de las decisiones que puede tomar el juez en el procedimiento, conviene plantearse su naturaleza. En este sentido hay que referirse a la tesis que sostiene que este procedimiento comparte naturaleza con los expedientes de jurisdicción voluntaria. En esta línea militan autores como LORCA NAVARRETE⁵². También se pronuncia expresamente en este sentido el auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de noviembre de 2011⁵³.

El artículo 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, define el ámbito de este tipo de procedimientos: «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos los que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que

deba sustanciarse en un proceso contencioso». Como reconoce la Exposición de Motivos, la «Ley define su ámbito de aplicación sobre una base puramente formal, sin doctrinamientos, entendiendo que solo serán de aplicación los preceptos que la conforman a los expedientes de jurisdicción voluntaria que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, fórmula que facilita la determinación de dicho ámbito».

La verdad es que, a la luz de esta previsión legal, no resulta tan claro que el procedimiento regulado en el artículo 15 de la LA pueda ser calificado como de jurisdicción voluntaria. Sobre todo, si consideramos que es muy habitual que se platee entre la parte demandada y la demandante la correspondiente controversia acerca de la existencia del convenio arbitral. Y más aún, si tenemos en cuenta que la posición que ha avalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de junio de 2017 (que antes hemos analizado con detalle) respecto a la posibilidad de que el juez pueda apreciar *la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público*. Evidentemente esta posibilidad abre la puerta a que el proceso dé pie a la controversia entre las partes sobre la existencia y la validez del convenio arbitral, lo cual no casa con el concepto que la Ley tiene de la jurisdicción voluntaria.

Otra razón que abunda en la consideración de que este procedimiento no tiene el carácter de los de jurisdicción voluntaria, es el hecho de que la competencia para su tramitación siga reservada a los jueces. Una de las características más destacables de Ley 15/2015 es la de acometer un proceso de desjudicialización de buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. De hecho, procedimientos aparentemente parecidos al del nombramiento de árbitros, como pueden ser el del nombramiento de liquidador, auditor o interventor de una entidad (regulado en el Capítulo III del Título VIII de la Ley), o el de nombramiento de perito en los contratos de seguros (Capítulo VIII del Título VIII), se han encomendado a los letrados de la Administración de Justicia. Pero esta redistribución competencial que ha llevado a cabo la Ley ha tomado como criterio de referencia el que los asuntos extraídos de la competencia del juez no afecten a derechos fundamentales o a intereses de menores o personas necesitadas de protección. Así lo reconoce el último párrafo del apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley: «No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley».

Visto este planteamiento de principios, se entiende perfectamente que el procedimiento de designación de los árbitros en los casos de desacuerdo de las partes siga en manos del Tribunal Superior de Justicia de cada comunidad autónoma. Aunque, como se ha analizado en apartados anteriores, el arbitraje está perfectamente anclado en los valores constitucionales, no se puede olvidar que el procedimiento arbitral debe tener en cuenta y respetar los principios que recoge el artículo 24 de la Constitución. Conviene volver a reproducir la muy acertada cita de CARAZO LIÉBANA⁵⁴, que nos recuerda que en el arbitraje «solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje». Por tanto, si se está afectando a derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, con arreglo a los criterios establecidos en la propia Ley 15/2015, no parece viable que el nombramiento de los árbitros salga de la esfera competencial del juez.

Por todo ello, en mi opinión no cabe atribuir a este procedimiento la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sino que debe encuadrarse, como el propio artículo 15 señala, en el marco de los juicios verbales, que son procesos contenciosos en los que las partes pueden defender sus pretensiones con plenas garantías, aunque con una tramitación más sencilla que la del juicio ordinario.

Es conveniente citar también la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017, que deja bien claro, en lo referente a la legitimación pasiva en el procedimiento, que solo hay que demandar a las partes que suscribieron directamente el convenio. La eventual afectación de los intereses de terceros y la necesidad o no de que dichos terceros sean llamados al procedimiento, son cuestiones que han de decidir los propios árbitros⁵⁵.

Para finalizar este apartado hay que hacer referencia a los establecido en el artículo 15.7 de la LA: «Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno». Según señala la sentencia del TSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2012, esta irrecorribilidad resulta, además de la letra de este artículo, del hecho de que «ningún órgano judicial tendría atribuida por la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia funcional para conocer de dicho recurso de apelación en el caso de resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia».

D) *¿Cómo se nombran los árbitros?*

Para responder a esta pregunta debemos atender a lo establecido en los apartados segundo y sexto del artículo 15 de la LA. Debe distinguirse:

a) ¿Quién hace el nombramiento?

Conforme al artículo 15.2:

- En el arbitraje de un solo árbitro, lo nombrará el juez;
- Cuando sean tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, estos nombrarán un árbitro y aquellos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- Si son más de tres, todos serán nombrados por el juez.

b) Forma de elegir a los árbitros

Según lo dispuesto en el artículo 15.6, el Tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo⁵⁶.

También es interesante lo señalado por la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015, que aclara que el artículo 15.6 de la LA ha de matizarse en su aplicación si existe avenencia o acuerdo de las partes. Nuevamente se pone de manifiesto la prevalencia que la autonomía de la voluntad tiene en el arbitraje⁵⁷.

4. CONSTANCIA REGISTRAL DEL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Como ya expuse anteriormente, el convenio arbitral puede tener acceso al Registro de la Propiedad o al Mercantil. Naturalmente, si el convenio designa

nominalmente a quien en su caso habrá de ser árbitro cuando se plantea la controversia, por tratarse de un arbitraje *ad hoc*, la identidad del árbitro se reflejará en el Registro al inscribirse el convenio.

Mayores dudas genera el caso más habitual de designación de los árbitros en un momento posterior, coincidente con el inicio del procedimiento arbitral propiamente dicho. Como hemos ido viendo, los árbitros podrán ser designados por acuerdo entre las partes, de acuerdo con las reglas recogidas en el convenio, por la institución encargada de la administración del arbitraje o a través del procedimiento judicial del artículo 15 de la LA. Son tres las cuestiones dudosas que creo necesario aclarar sobre este extremo:

A) Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros

La primera duda que se plantea es la de si tiene alguna utilidad hacer constar en el Registro el nombramiento de un árbitro. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa.

En primer lugar, porque siempre es bueno que el Registro refleje con fidelidad la realidad extraregistral. Si consta registralmente la tramitación de un procedimiento registral, parece lógico que se refleje en todo momento quién o quiénes son los árbitros encargados de dicho proceso.

Y, en segundo término, porque, dado que el Registro está especialmente encaminado a proporcionar seguridad en el tráfico e información a los terceros, la constancia de la identidad de los árbitros facilita enormemente a dichos terceros la posibilidad de personarse en el procedimiento arbitral en caso de que adquieran acciones o participaciones de una sociedad implicada en el arbitraje, o derechos reales sobre una finca afectada por el procedimiento, o que vean afectados sus intereses de alguna forma.

B) Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros

Como es lógico, al reflejar en el Registro el nombramiento de los árbitros se está expresando al mismo tiempo que se ha iniciado un procedimiento arbitral. Mientras que la inscripción del convenio arbitral es libre y depende de que cualquier persona legitimada para ello (art. 6 LH) lo solicite, la iniciación del procedimiento arbitral solo puede tener acceso al Registro a través del mecanismo de las medidas cautelares, más concretamente, de la anotación preventiva de demanda arbitral.

Consecuentemente, creo que para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros designados es imprescindible que, con carácter previo o simultá-

neamente, se haya practicado o se practique la pertinente anotación preventiva. Nuestro sistema procesal y registral no permite que se dé publicidad registral a un procedimiento judicial ni arbitral si no es a través de la adopción de una medida cautelar.

La LEC viene reconociendo desde su aprobación en el año 2000 la posibilidad de que los jueces, a instancia de las partes, puedan adoptar medidas cautelares en relación con el procedimiento arbitral. Por su parte, la LA introduce en nuestro ordenamiento la gran novedad de que también puedan los árbitros decidir la adopción de medidas cautelares. El artículo 23 de la LA ha seguido casi a la letra el texto que propone la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985): «1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos».

La adopción de una medida cautelar en el procedimiento arbitral está sometida a la necesidad de cumplir una serie de requisitos. Además de la solicitud de parte y la prestación de caución suficiente si los árbitros lo estiman necesario, han de concurrir dos premisas importantes: *fumus boni iuris* (que significa que, sin necesidad de prejuzgar sobre el fondo del litigio, existe una apariencia de buen derecho, de que la pretensión del actor es razonable) y *periculum in mora* (la existencia de un peligro de que, si no se adopta la medida cautelar en cuestión, se produzca un daño irreparable que dejará sin efecto en la práctica el laudo final). Aunque algún autor⁵⁸ considera que estos dos últimos requisitos no son necesarios en el ámbito arbitral, yo coincido con BARONA VILAR⁵⁹, cuando afirma que su omisión «podría llegar a fundar una petición de anulación del laudo cautelar (denominado parcial en la LA/2003), y ello fundándose en el motivo del laudo contrario al orden público, en cuanto comportaría una infracción de los componentes de equilibrio necesarios en el sistema cautelar».

Por todo ello considero que constituye una premisa insoslayable para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros, la previa o simultánea anotación preventiva ordenada como medida cautelar por el juez o los árbitros, con el cumplimiento de todos los requisitos propios de dichas medidas.

C) Título formal necesario

La cuestión de la forma en el arbitraje y, especialmente, de los requisitos formales que ha de reunir el laudo para acceder al Registro no es en absoluto

pacífica. Para un estudio profundo sobre dicha cuestión, que escapa del objeto de este trabajo, me remito al análisis que realiza MATEO Y VILLA⁶⁰.

Creo que hay que distinguir tres posibilidades:

a) Identificación de los árbitros en el convenio arbitral

Este es el caso que menos dudas plantea. Es evidente que el título formal requerido es el que se exige para la inscripción del propio convenio, es decir la escritura pública notarial.

b) De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva

Este puede ser un supuesto muy habitual. Aquí las dudas son mayores. La cuestión ha sido abordada por la Dirección General en dos resoluciones que mantienen la misma postura⁶¹. El Centro Directivo, distingue dos aspectos distintos: una cosa es dictar la medida cautelar, cuestión en la que no cabe duda de que los árbitros tienen competencia, y otra distinta la ejecución de dicha medida, que se encuentra reservada a los jueces.

Partiendo de esta distinción, la Dirección General hace referencia al artículo 23.2 de la LA (A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos) y al apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, que dice expresamente: «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes». Esta fórmula legal expuesta es la escogida por el legislador que ha optado con toda claridad por distinguir, en el ámbito competencial del arbitraje, entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva reservando ésta a los órganos jurisdiccionales. Por ello, concluye, es imprescindible el oportuno mandamiento judicial para poder practicar la anotación preventiva acordada como medida cautelar por el tribunal arbitral.

Es evidente que muchos de estos argumentos son de peso, y que la Ley de Arbitraje evidencia en este punto una absoluta falta de precisión. Pero por mi parte disiento de la solución adoptada por la Dirección General. Aunque es verdad que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, «...dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva», lo cierto es que esa distinción tiene sentido con algunas medidas

cautelares, pero no precisamente con las anotaciones preventivas. Hay medidas cautelares que, una vez acordadas por el árbitro, requerirán de actuaciones materiales de sujetos privados que pueden incluso ser ajenos al procedimiento arbitral y a los que solo la intervención de un juez en vía de ejecución les puede obligar y afectar. Pensemos por ejemplo en el depósito de una cosa mueble, en el embargo de un salario o de una cuenta bancaria, o la intervención de una empresa. Sin embargo, cuando lo que se ordena por el árbitro es la práctica de una anotación preventiva, la única actuación a realizar es la de comunicársela al funcionario público encargado del Registro. Coincido con RUEDA GARCÍA⁶², que sostiene que *«En primer lugar, el artículo 23.2 LA 2003, en relación con el artículo 44 de la misma Ley, establece que a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Sin embargo, parece lógico deducir que el legislador pensaba en concreto solo en las medidas que impusieran a una de las partes una condena o una obligación de hacer (como embargos preventivos, depósitos de cosas muebles u órdenes de cesar provisionalmente en una actividad) que naturalmente son susceptibles de ejecución forzosa... En esta línea, el artículo 521.1 de la LEC deja bien claro que “no se despachará ejecución de las sentencias [y laudos] meramente declarativas ni de las constitutivas”»*. Por tanto, podemos concluir que en este tipo de medidas cautelares no existe esa fase ejecutiva que necesariamente la Ley encomienda al juez, puesto que la resolución que adoptan los árbitros es meramente declarativa.

El hecho de que, con carácter general, el artículo 165 del RH exija la presentación de un mandamiento judicial para practicar una anotación preventiva, tampoco es argumento suficiente. Entiendo con RUEDA GARCÍA⁶³ que *«El artículo 165 del RH, cuya versión vigente data de 1959 y que se basa en los artículos 26.2, 42.4º y 73 de la LH, está pensado para préstamolos casos en que por mandato judicial se insta una anotación preventiva, exigiéndose lógicamente en ese caso la presentación del mandamiento judicial dirigido al registrador. Pero no ha sido convenientemente revisado para adaptarlo a la nueva realidad del ordenamiento jurídico español en la que un árbitro puede tener las mismas funciones que un juez sin necesidad de intervención judicial y que puede tener competencia para dictar medidas cautelares con efectos registrales»*.

También me parece interesante traer a colación *Informe sobre el arbitraje societario en España*, elaborado por una comisión de expertos promovida por el Club Español del Arbitraje⁶⁴, que, pensando exclusivamente en el arbitraje societario, señala: *«La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006 resolvió un arbitraje no estatutario antes de la reforma de 2011. En este arbitraje los árbitros habían decretado una prohibición de disponer sobre una serie de fincas. La DGRN decidió que la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral exigía el auxilio del juez competente. La argumentación no resulta extensible*

a un arbitraje estatutario tras la reforma de 2011. En este caso el artículo 11 ter 1 permite expresamente la inscripción del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible. Con más razón será posible la inscripción de un laudo que cautelarmente ordene inscribir la simple existencia del proceso arbitral, o la suspensión pro tem del acuerdo impugnado».

Por todo ello, y sin poder ahora realizar un estudio en profundidad sobre la cuestión, entiendo que no es necesario para practicar una anotación preventiva ordenada por un árbitro que se obtenga el correspondiente mandamiento judicial. Sería suficiente con la certificación librada por el secretario de la corte arbitral o por el propio árbitro que ha dictado el laudo de medidas cautelares, comprensiva del referido laudo, siempre que dicha certificación se firme electrónicamente o que la firma se legitime notarialmente o se ratifique en presencia del registrador.

- c) Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva

Esto puede ocurrir en dos casos. Si antes de iniciarse el procedimiento arbitral se piden medidas cautelares, conforme establece el artículo 11.3 de la LA y el 722 de la LEC. Estos preceptos solo prevén que en estas circunstancias las medidas cautelares las adopte un juez, aunque en la práctica arbitral se está generalizando la figura del árbitro de emergencia, que quizás también podría tener reconocida la competencia para acordarlas. Y, en segundo lugar, si después de haberse practicado la anotación preventiva una vez iniciado el procedimiento, se produce un cambio de árbitros por imposibilidad o por abstención o recusación de estos.

En estos casos, al igual que sostuve en el apartado anterior, creo que sería suficiente con la certificación librada por el secretario de la corte arbitral o por el propio árbitro, siempre que dicha certificación se firme electrónicamente o que la firma se legitime notarialmente o se ratifique en presencia del registrador.

IV. EXIGENCIA DE IMPARCIALIDAD

Como ya comentaba al principio de este trabajo, el arbitraje está basado en la confianza que las partes litigantes tienen en el árbitro. Y dicha confianza tiene que estar asentada en la plena imparcialidad de los árbitros. Una interesante sentencia de 4 de noviembre de 2016 del TSJ de Madrid aborda en profundidad este requisito de imparcialidad, no solo del árbitro, sino también de la corte encargada de la administración del arbitraje. Voy a analizar las implicaciones y el alcance que tiene el principio de imparcialidad en el procedimiento arbitral, siguiendo en buena medida los razonamientos recogidos en esta sentencia.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Afirma GONZÁLEZ SORIA⁶⁵ que: «los árbitros no solo deben ser independientes sino también —al igual que los jueces— deben ser imparciales. La independencia es una cuestión de hecho, la imparcialidad una actitud, un estado mental de ausencia de prejuicios con respecto a la cuestión concreta que debe ser juzgada y un comportamiento procesal que sitúa a ambas partes en una situación de igualdad».

Según SERRADA⁶⁶, «en esta materia, cada vez tiene más trascendencia, a mi juicio, la apariencia de imparcialidad e independencia que en todo momento debe mantener el árbitro, dando por supuesto, naturalmente, que efectivamente es imparcial e independiente».

Como en muchas ocasiones ocurre, el análisis de determinados aspectos del proceso arbitral ha de partir de una premisa: la consideración constitucional del arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*. No debemos olvidar que cuando las partes, en ejercicio de su libertad, acuden al arbitraje, están renunciando al derecho constitucional a un proceso judicial. Pero eso no significa que el procedimiento arbitral pueda prescindir de la garantía de principios constitucionalmente previstos para el proceso judicial: Sin duda, entre esos principios está el de garantizar la imparcialidad del árbitro.

Es especialmente clara la sentencia que estoy comentando: «*Como recordamos recientemente en nuestra sentencia 55/2016, de 19 de julio (proceso de anulación 93/2015) —FJ 3—, es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la STC 174/1995 expresamente proclama que ‘...el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada’*. El árbitro y la institución administradora del arbitraje no ejercen, stricto sensu, la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley: función la de laudar que es de interés público, porque subviene al mismo fin y ostenta la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional. De ahí que el Tribunal Constitucional, y con él la generalidad de la jurisprudencia y de la doctrina, hayan calificado el arbitraje de “equivalente jurisdiccional”».

Es por ello que la propia sentencia nos recuerda que «*si bien la imparcialidad del árbitro no es exactamente coincidente con la del juez —goza de y ha de ser analizada con mayor flexibilidad—, sí se configura como una exigencia imprescindible de la recta sustanciación del procedimiento arbitral, de que este se desenvuelva con las garantías inherentes a un proceso equitativo, como equivalente jurisdiccional que es*».

Con carácter general, GONZÁLEZ SORIA⁶⁷ señala que las leyes de arbitraje, para garantizar la imparcialidad de los árbitros, suelen prever un sistema basado en los siguientes principios: *«a) El deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes que puedan comprometer su independencia e imparcialidad. b) El deber de los árbitros de revelar previamente o durante el procedimiento, motu proprio o a petición de una de las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. c) El derecho de las partes a recusar al árbitro cuando concurran circunstancias que efectivamente comprometan su independencia e imparcialidad».*

2. ¿CÓMO REGULA LA IMPARCIALIDAD LA LEY DE ARBITRAJE?

Nuestra Ley de Arbitraje regula la imparcialidad del árbitro a través de tres disposiciones. En primer lugar, encontramos un mandato en el primer inciso del artículo 15.2: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad». A continuación, el artículo 17.1 establece una prohibición: «Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial». Y, finalmente, el mismo artículo 17, en su apartado segundo, recoge una obligación complementaria: «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes».

En relación con el respeto al principio de igualdad ya me he pronunciado cuando traté el proceso de designación de los árbitros. No obstante, resulta conveniente insistir en que la vulneración del principio de igualdad no requiere la intencionalidad de las partes, sino que es un hecho objetivo⁶⁸. Por tanto, la falta de respeto de este principio de igualdad vicia de forma objetiva el arbitraje, con independencia de la forma en que luego se comporte el árbitro. De ahí que resulte esencial que los modelos de cláusulas arbitrales y los estatutos de las instituciones encargadas de la administración del arbitraje sean especialmente cuidadosos al delimitar la posición de las partes en el procedimiento de designación de los árbitros, evitando cualquier sombra de duda respecto a su plena igualdad en ese momento tan determinante. De hecho, entiendo que, si se trata de un convenio arbitral que pretende su acceso al Registro, el registrador ha de rechazar la inscripción si aprecia que el sistema de designación de árbitros pactado atenta contra el principio de igualdad de las partes.

3. IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

La necesaria imparcialidad del árbitro constituye uno de los pilares del arbitraje. La imparcialidad ha de ser de presente y de futuro. Como señala la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016: «*La exigencia categórica e indeclinable del artículo 17.1 LA debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes –una o todas– que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si estas existieran en el momento de la designación –en determinados casos incluso antes– podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro».*

No obstante, puede haber casos en los que las partes al designar al árbitro ya conozcan determinadas circunstancias que teóricamente puedan afectar a su imparcialidad objetiva. Lógicamente, si las partes no estiman que eso afecte al correcto desarrollo del procedimiento arbitral, no podrán luego impugnar el laudo por dichos motivos. Otra vez sale a relucir la prevalencia absoluta del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje⁶⁹.

En cuanto al alcance del concepto de imparcialidad del árbitro, el artículo 17 solo contiene referencias muy generales: «mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», o «las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». Se trata, por tanto, de un problema que deberá analizarse en cada caso concreto⁷⁰.

No obstante, sí podemos citar la sentencia de 12 de junio de 2013, del TSJ de Madrid, que trata de ofrecer criterios generales sobre los casos en que se puede apreciar la parcialidad del árbitro. Para ello acude a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imparcialidad de jueces y magistrados⁷¹.

También se pueden tener como referentes a la hora de valorar si concurren circunstancias que comprometan la imparcialidad, reglas generalmente aceptadas en el ámbito internacional, como las del IBA (International Bar Association)⁷². Así lo admite la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, que considera estas directrices como una adecuada referencia, aunque la Sala tendrá siempre libertad de decisión al respecto⁷³.

Aunque es cierto que el artículo 17 impone al árbitro el deber de revelar las situaciones que afecten a su imparcialidad, debe quedar claro que lo importante no es que se incumpla ese deber, sino que en efecto concurren las circunstancias determinantes de la parcialidad del árbitro⁷⁴.

En la misma línea, y citando como argumento de autoridad las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, señala la sentencia del TSJ de Madrid de 27 de octubre de 2017 que lo importante no es el mayor o menor detalle con que los árbitros cumplen su deber de revelación de circunstancias que cuestionen su imparcialidad, sin la efectiva influencia en el caso concreto de dichas circunstancias⁷⁵.

Pueden citarse también algunos otros fallos judiciales que resuelven casos concretos intentando dilucidar si el árbitro mantuvo o no la imparcialidad exigida:

- La sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: considera que no se rompe la imparcialidad de la corte arbitral de la Cámara de Comercio por el hecho de que una de las partes sea un banco. El mero hecho de pertenecer a la Cámara de Comercio no se considera motivo suficiente para apreciar parcialidad⁷⁶.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 12 de junio de 2013: recoge esta sentencia ya citada ante un interesante caso en el que los hechos en los que se basa la sospecha de parcialidad se refieren a expresiones públicas, en una página de presentación de la firma de abogados a la que pertenece la árbitro recusada y en una conferencia pronunciada por ella después de su designación en el proceso arbitral —hechos acreditados en la documentación aportada con la demanda—, y en ser una «conocida activista» en contra de las entidades bancarias —circunstancia esta que no se ha intentado acreditar de forma alguna—. El Tribunal no va a apreciar la reclamada parcialidad del árbitro⁷⁷.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: se refiere este fallo a las eventuales relaciones de amistad o enemistad de los árbitros con los abogados de las partes. Se entiende que, como regla general, las relaciones de amistad o la posible enemistad entre los árbitros y los abogados que representan a las partes en el procedimiento no afectan a la imparcialidad⁷⁸.

- La sentencia de 3 de junio de 2014 del TSJ de Madrid: considera que no queda comprometida la imparcialidad del árbitro por el hecho de que la Corte arbitral en la que se integra realice actuaciones de fomento del arbitraje. Es obvio que solo si esas actividades implican el establecimiento de relaciones económicas o profesionales con alguna de las partes, podría ponerse en duda la imparcialidad de los árbitros⁷⁹.

- La sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de julio de 2014: partiendo de la base de que, como ha quedado expuesto, la imparcialidad del árbitro se predica respecto de las partes y no de sus abogados, se introduce algún matiz, aunque sin llegar al extremo de que las meras relaciones de conocimiento y cortesía

profesional entre el árbitro y los abogados de parte, pueda ser considerada causa de parcialidad⁸⁰.

• La sentencia del TSJ de Asturias de 25 de abril de 2017: aborda este fallo los equilibrios de imparcialidad de los árbitros entre sí, llegando a sostener que la sanción de nulidad del laudo habría de predicarse también cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio, las partes alejadas de aquellos⁸¹.

4. IMPARCIALIDAD DE LA INSTITUCIÓN ENCARGADA DE ADMINISTRAR EL ARBITRAJE

Las referencias que la LA recoge en su articulado al concepto de independencia están siempre relacionadas con los árbitros, no con las instituciones encargadas de administrar el arbitraje. De hecho, el artículo 14.3 impone a las cortes arbitrales obligaciones referidas a los árbitros, sin aludir a ningún requisito de independencia de la propia institución: «Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia».

Es por ello por lo que encontramos fallos judiciales que niegan que se pueda apreciar la parcialidad de la corte arbitral como fundamento para la anulación del laudo. Así, la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de junio de 2013: «debe precisarse, en primer término, que la imparcialidad que se predica en la Ley de Arbitraje viene siempre referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje. Así se señala en la Exposición de Motivos de esa ley al mencionar (apartado IV, párrafo tercero) “el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje”, refiriéndose posteriormente en su artículo 17, al regular la abstención y recusación, al deber personal de todo árbitro de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, sin que, en todo caso, pueda mantener con las partes relación personal, profesional o comercial, estando obligada “la persona propuesta para ser árbitro” “todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”, teniendo obligación “el árbitro, a partir de su nombramiento”, de revelar a “las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida». Siendo así personales los motivos de recusación del árbitro, no colectivos de la institución administradora del arbitraje, como se deduce del apartado 3 del mismo artículo 17 al establecer que “un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes”, debe rechazarse que la sola vinculación de la Corte Española de la Franquicia, administradora en este caso del arbitraje, con empresas del sector pueda dar lugar a la anulación del

laudo arbitral dictado». En el mismo sentido la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de junio de 2014.

Pero también existe una línea jurisprudencial que sostiene, en sentido opuesto, que la corte arbitral ha de respetar el requisito de la imparcialidad. Pueden citarse a este respecto las siguientes sentencias a título de ejemplo:

- La sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 considera que las relaciones profesionales de la corte arbitral y los abogados de una de las partes ha determinado que mantenga la imparcialidad necesaria⁸².

- La sentencia del TSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014⁸³ llega a cuestionarse la propia validez del convenio arbitral en un caso en el que la institución a la que se acuerda encomendar la administración del arbitraje (Cámara Oficial de Comercio) tiene una importante participación en el capital de una de las partes (IFEMA), sin que tal circunstancia conste que haya sido conocido por la otra parte firmante del convenio: «*la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad –incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra–, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad*».

- La sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 establece con claridad la conclusión de que la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Los principios constitucionales que han de presidir el desarrollo del arbitraje y la práctica plasmada en las recomendaciones del Club Español de Arbitraje o en las Directrices IBA⁸⁴.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: aunque parte de la premisa de que generalmente la idea de imparcialidad está referida al árbitro, también reconoce que la necesaria prevalencia del principio de igualdad en todo el procedimiento arbitral obliga a rechazar la posibilidad de que la institución arbitral a la que se encomienda la administración del arbitraje esté vinculada a una de las partes⁸⁵.

En mi opinión, parece más acertada esta segunda corriente jurisprudencial. Considerando la naturaleza del arbitraje y teniendo en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la necesidad de que también se respeten en el proceso arbitral los principios que la propia Constitución consagra, sería incomprensible no exigir que la institución encargada de administrar el arbitraje mantenga una exquisita neutralidad en el desarrollo de sus funciones.

Ello, no obstante, tampoco parece aconsejable extender sin límite las exigencias de imparcialidad de la corte arbitral. En este sentido conviene citar a

JIMÉNEZ-BLANCO⁸⁶, que, alaba el criterio sostenido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 2008, que desestimó la acción de anulación de un laudo fundada en el hecho de que el letrado de una de las partes figuraba en la lista de árbitros de la institución encargada de administrar el arbitraje⁸⁷.

Por otro lado, no debemos olvidar lo que dispone el artículo 4 de la LA: «Cuando una disposición de esta ley: a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34. b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido».

Como apunta la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, esta integración de la voluntad de las partes en los casos de arbitraje administrado, pone de manifiesto la necesidad de que la actuación de la institución que administra el arbitraje deba estar siempre presidida por la ecuanimidad y la imparcialidad⁸⁸.

5. EL INSTRUMENTO DE LA RECUSACIÓN

Hasta ahora me he referido a los deberes que, tanto los árbitros, como las instituciones encargadas de administrar el arbitraje tienen de mantener la imparcialidad y de revelar cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas sobre dicha imparcialidad. Pero, al margen de la actuación de los árbitros, las partes también tienen instrumentos para reaccionar cuando consideren que la imparcialidad de los árbitros está en tela de juicio.

Los artículos 17.3 y 18 de la LA regulan el procedimiento de recusación de los árbitros, por medio del cual cada una de las partes podrá solicitar el apartamiento de cualquiera de los árbitros que, a su juicio, estuviera incurso en circunstancias que afecten a su imparcialidad o independencia o no poseyera las cualificaciones convenidas por las partes para su nombramiento.

La única limitación que establece el artículo 17.3, *in fine*, es que una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Respecto al procedimiento para llevar a efecto la recusación, el artículo 18, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad que es tan consustancial al arbitraje, dispone en su apartado primero: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros». Si dicho procedimiento no se hubiera acordado, se estará a las siguientes reglas:

- Plazo para plantear la recusación: dentro de los quince días siguientes en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.
- ¿Quién resuelve si concurre o no causa de recusación? A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre esta.
- ¿Cabe algún tipo de recurso? Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.
- ¿Y si se trata de un arbitraje administrado? En este caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 18.1 en relación con el artículo 4 de la LA, habrá que estar a lo establecido por el respectivo reglamento de la corte que tenga encomendado el arbitraje. De manera muy sintética podemos afirmar que todas las instituciones arbitrales prevén en sus reglamentos que sea la propia corte la que resuelva las solicitudes de recusación. También casi todas establecen un plazo de quince días para formular la recusación, aunque hay algunas que disminuyen ese plazo (10 días el Colegio de Abogados de Madrid, 6 días el Tribunal Arbitral de Barcelona y 5 días el CIMA).

Pero ¿qué ocurre si alguna de las partes no utiliza en plazo este instrumento de la recusación? Para dar respuesta a esta pregunta hay que acudir a lo que prevé el artículo 6 de la LA: «Renuncia tácita a las facultades de impugnación. Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

La jurisprudencia ha insistido en numerosos fallos en la imposibilidad de que una de las partes invoque la falta de imparcialidad de un árbitro al ejercitarse la acción de anulación del laudo, si, habiendo tenido conocimiento de los hechos que supuestamente provocaban esa parcialidad, no planteó la recusación en tiempo y forma. Podemos citar numerosas sentencias (11 de abril de 2012, 1 de abril de 2013, 28 de marzo de 2014, 14 de abril y 13 de diciembre de 2016 del TSJ de Madrid, 1 de abril de 2013 del TSJ de Galicia, 5 de mayo de 2014 del TSJ de Baleares, 6 de noviembre de 2014 del TSJ de Cataluña). Dice, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: *«Tampoco pueden aceptarse las alegaciones al respecto; dando por reproducidos los fundamentos anteriores en cuanto a la inexistencia objetiva de parcialidad, no consta que el demandante hubiera procedido a formular recusación de la designación del árbitro en los términos y plazo a que se refiere el artículo 18 de la LA, siendo por tanto de aplicación el artículo 6 del mismo Cuerpo legal, atinente a la*

renuncia tácita a las facultades de impugnación, donde se establece que Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley».

6. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO

En los casos en los que una de las partes ha planteado dentro de plazo la recusación de alguno de los árbitros, pero la misma no ha sido admitida, siempre tendrá, como reconoce el artículo 18.3 de la LA, la posibilidad de volver a intentarlo cuando ejercite la acción de anulación del laudo: «Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo».

Parece lógico admitir también que pueda usarse la acción de anulación del laudo si la causa de recusación ha sido conocida por alguna de las partes después de que se hubiera dictado el laudo.

La acción de anulación del laudo está regulada en el artículo 41 de la LA. Se trata de una acción que necesariamente ha de estar fundamentada en alguno de los motivos que dicho artículo enumera. La falta de imparcialidad de un árbitro, si efectivamente se demuestra, supondrá la anulación del laudo por haberse vulnerado el orden público, desde su perspectiva procesal. Es muy clarificadora a este respecto la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: «Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en numerosas ocasiones en torno al orden público en materia de arbitraje señalando que es el que en su día fue establecido por el Tribunal Constitucional que entendía que un laudo arbitral atentaba a nuestro orden público procesal cuando hubiese vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del artículo 24 CE (STC 43/1986, de 15 de abril, cuya doctrina han reiterado luego las SSTC 54/1989, de 23 de febrero; 132/1991, de 17 de junio y 91/2000, de 30 de marzo); orden público procesal que se identifica con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse “in casu”, tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicio no concluyentes, incapaces de

destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisarios, ya sean estos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».

Pero es que también, en determinadas ocasiones, la falta de imparcialidad del árbitro o de la entidad encargada de administrar el arbitraje puede incluso implicar la nulidad del convenio arbitral. Este es el criterio que recoge la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: «*Como hemos dicho en otras ocasiones, esta eventualidad, en que se ve concernida expresamente la infracción del artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) por el hecho en sí de haberse sometido a un arbitraje mediando estrechas vinculaciones entre la entidad a la que se encomienda el arbitraje y una de las partes interviniéntes en el procedimiento arbitral, puede abocar, de ser estimada, a una anulación del Laudo por infracción del orden público, pero también puede incidir en la existencia misma del convenio arbitral, presupuesto incluso del examen de su eventual eficacia. Lo hemos señalado con reiteración –v.gr., sentencias 65/2015 y 55/2016 (JUR 2016, 209874): la estimación de un alegato semejante conllevaría la radical nulidad del convenio arbitral por vulneración del principio de igualdad en su conformación misma».*

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE REGISTRADORES Y NOTARIOS

1. DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE AMBAS FUNCIONES

Notarios y registradores de la propiedad son dos cuerpos de funcionarios del Estado que tienen algunas características coincidentes entre sí, pero que en absoluto son asimilables. En efecto, como he señalado, ambos son funcionarios públicos, que deben superar una exigente oposición con un temario parecido. Los dos dependen del mismo Centro Directivo, la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. También en ambos casos su régimen de organización y funcionamiento es el propio de un profesional y ambos operan fundamentalmente en el ámbito inmobiliario y mercantil.

Pero entre ellos hay notables diferencias. Los notarios, mediante su intervención en la autorización de escrituras y actas, controlan la identidad, la capacidad y las facultades representativas de los otorgantes, dan fe de sus manifestaciones y declaraciones de voluntad y, como dice el artículo 147 del Reglamento Notarial, deben redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberán indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informar a aquellos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Sin embargo, como quedó bien claro en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, no hay ninguna previsión legal que

reconozca a los notarios la potestad de realizar un juicio de legalidad sobre el acto o negocio que se documenta con su intervención. No podemos olvidar que el juicio de legalidad supone la atribución por parte del Estado de un reconocimiento de validez del negocio documentado que solo podría desvirtuarse por medio de una sentencia judicial. El legislador, con buen sentido, nunca ha tomado la decisión de encomendar esta potestad de control de legalidad a los notarios. Hay que tener en cuenta que los notarios son unos profesionales que actúan bajo el sistema de la libre competencia (art. 126 del Reglamento Notarial, párrafos primero y cuarto: «Párrafo 1º: Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre estos. Párrafo 4º: Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual».). Y no parece que una potestad pública de tal trascendencia pueda encomendarse a un regulador que es elegido libremente por las partes que se supone han de ser los sometidas a control.

Por el contrario, los registradores de la propiedad sí que tienen como nota esencial definidora de su función el control de legalidad. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que: «Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Con la restricción de poder revisar el fondo de la decisión administrativa o judicial, también los artículos 99 y 100 del Reglamento Hipotecario atribuyen al registrador el control de legalidad de ambos tipos de documentos.

En este sentido debe citarse la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: *«Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas de los documentos que se traten y a la observancia de las normas de ejecución de los mandamientos judiciales».*

secas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

El alcance y sentido de este control de legalidad que realiza el registrador lo explica muy bien la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 2017⁸⁹. Partiendo del efecto transformador que la inscripción provoca en la titularidad jurídico real, destaca la función de salvaguarda de la legalidad que el legislador ha encomendado a los registradores. Por eso, para que el Estado haga ese reconocimiento que transforma cualitativamente al derecho real que se inscribe, resulta imprescindible someterlo a un estricto control de legalidad a través de la calificación registral.

Y para poder ejercer este control de legalidad con plenas garantías de imparcialidad, la legislación hipotecaria desde 1861 ha previsto que los registradores estén sometidos al principio de competencia territorial. Así, el artículo 1 de la Ley Hipotecaria dispone en sus dos párrafos: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles». Por tanto, no son los sujetos a control los que eligen al regulador.

Estas diferencias en la forma de ejercicio de sus respectivas profesiones tienen una gran influencia a la hora de valorar las posibles causas de parcialidad de estos funcionarios en caso de que sean designados árbitros.

2. EL CASO OBJETO DE LA SENTENCIA

La sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 analiza un caso en el que el Tribunal Arbitral de Barcelona designó como árbitro a un notario de Madrid. La parte vencida en el arbitraje interpone la correspondiente acción de anulación del laudo argumentando: «*Entiende la actora que existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad del árbitro —de su apariencia de imparcialidad—, pues sus relaciones con CAIXABANK no son episódicas ni intrascendentes dada la evidente conexión entre la labor notarial y gran parte de las operaciones bancarias; abunda en tales sospechas la total ocultación inicial —y la parcial omisión sobrevenida— de los aludidos vínculos profesionales... Niega BAJOZ, asimismo, toda relevancia a los argumentos vertidos por el árbitro acerca de que la naturaleza pública y obligatoria de su función*

como notario, su asesoramiento imparcial cuando actúa como tal, preservan su imparcialidad en el arbitraje: recuerda BAJOZ que el régimen de responsabilidad civil del notario es el correspondiente al arrendamiento de servicios y que, en el desempeño de su actividad, presta un servicio profesional que es retribuido por los particulares que demandan la actuación notarial. En esta línea argumentativa, pone especial énfasis la demandante en la necesidad de no obviar que, en casos como el que nos ocupa, los servicios notariales se prestan en régimen de competencia y que las entidades bancarias pueden contratar o dejar de contratar con el árbitro o con cualquier otro notario de Madrid, y que en dicha decisión puede influir la evolución y el resultado de un arbitraje como el que se sustancia, cuya gran importancia económica no se discute. En el acto de la vista enfatiza la demandante cómo en el año 2016 —pendiente el arbitraje— se han incrementado muy significativamente los instrumentos públicos en que ha sido parte CAIXABANK y que han sido protocolizados por el Árbitro en su actuación como notario».

La Sala del TSJ de Madrid sostiene al respecto: «*La exigencia categórica e indeclinable del artículo 17.1 LA debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes —una o todas— que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si estas existieran en el momento de la designación —en determinados casos incluso antes— podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro».*

Y, sobre estas premisas, la Sala decide: «*Nadie duda de los rasgos definitorios o inherentes al recto ejercicio de la función notarial —asesoramiento imparcial en la observancia de la legalidad. Pero lo relevante para la decisión del presente caso no es cómo el notario desempeña su cometido, sino si este, aun rectamente ejercitado, puede entrañar una colusión de intereses con la función arbitral, que es de naturaleza pública y que tiene sus propias e ineludibles exigencias de imparcialidad e independencia (...). Ni es trivial ni inocua, cara a fundar las dudas razonables sobre la parcialidad del árbitro, su relación profesional como notario con un banco —y, a fortiori lo decimos, con uno de los principales del país— que es parte en el procedimiento arbitral.*

Más aún: por su naturaleza y por la de las actividades que desempeña una entidad financiera es un «posible cliente recurrente o preferente» del notario, y lo es en un ámbito, el ejercicio de la función notarial, regido por el principio de libre elección de notario (art. 126 RN), en el que es el cliente quien elige y retribuye al notario —y máxime en una demarcación territorial como el Distrito de Madrid (art. 117 RN). Resulta entonces fundado y cabal que BAJOZ ponga en entredicho la apariencia de imparcialidad de un árbitro cuyo quehacer profesional estable es indisociable de la cotidiana actividad mercantil de una de las partes intervenientes en el arbitraje. En suma: vistas las circunstancias del caso, la Sala entiende como razonables y objetivamente fundadas las dudas de BAJOZ EÓLICA sobre la imparcialidad del árbitro, Sr. B., que debió abstenerse y, en su caso, ser removido por el TAB. Los Laudos impugnados infringen, pues, el orden público al haber sido dictados por un árbitro no imparcial. El motivo es estimado».

Parece, por tanto, que el ejercicio profesional de los notarios puede hacer que les genere relaciones con clientes que pondrán en duda justificadamente su imparcialidad a la hora de actuar como árbitros en procedimientos en los que esos mismos clientes tengan algún interés. La mayor o menor actividad profesional de un notario va a depender en gran medida de la buena relación con sus clientes, especialmente con los que actúan masivamente en el tráfico: entidades financieras, inmobiliarias, grandes sociedades mercantiles, despachos de abogados... Si un notario autoriza habitualmente documentos en los que interviene alguno de estos actores, ya sea directamente como otorgante, ya como asesor de alguno de los otorgantes, es difícil que mantenga la apariencia de imparcialidad que la ley exige a quien actúa como árbitro en un procedimiento. Y el Tribunal fundamenta esa parcialidad aludiendo a la particular forma de actuación de los notarios: *«el ejercicio de la función notarial, regido por el principio de libre elección de notario (art. 126 RN), en el que es el cliente quien elige y retribuye al notario».*

Es por ello por lo que, si un notario es propuesto como árbitro, debe revelar a las partes la existencia de documentos en que intervengan directa o indirectamente cualquiera de las partes y que hayan sido autorizados por el propio notario con anterioridad al inicio del arbitraje. La ocultación de estas circunstancias impediría a las partes el legítimo derecho a instar la recusación del árbitro y provocaría un vicio en el laudo que podría dar pie a su anulación vía acción del artículo 41 LA. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil en que pudieran incurrir conforme al artículo 21 de la LA.

Además, al menos mientras se esté desarrollando el procedimiento arbitral, el notario deberá abstenerse de intervenir en operaciones en las que alguna de las partes tenga intereses directos. Así se desprende de lo establecido en el último párrafo del artículo 139 del Reglamento Notarial: «El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con

las que mantenga una relación de servicios profesionales». Incluso, añado yo, debería excusarse de autorizar instrumentos públicos en los que esté interesada la parte favorecida por el laudo durante un periodo de tiempo razonable después de que el proceso arbitral haya concluido.

3. IMPARCIALIDAD DE LOS REGISTRADORES

Ya he señalado antes la gran diferencia que existe entre los notarios y registradores respecto a la forma de ejercicio de sus respectivas funciones. Los registradores sí que están sometidos al principio de competencia territorial, sin que el usuario del servicio registral pueda elegir al registrador que ha de calificar el título inscribible.

Este hecho cambia por completo la perspectiva respecto a su imparcialidad. Pensemos que, en un caso como el analizado en la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016, si en lugar de haberse nombrado árbitro a un notario se hubiera designado a un registrador, aunque es probable que también el registrador haya calificado en los últimos años escrituras y documentos judiciales en los que CAIXABANK habrá estado interesada, dicha circunstancia no generaría ninguna sombra de parcialidad en su actuación como árbitro, dado que en todos esos casos ha sido el principio de competencia territorial y no la libre elección del banco, el que ha propiciado la intervención del registrador⁹⁰.

Ocurre algo similar a lo que se plantea con los jueces. No parece viable alegar la falta de imparcialidad de un juez solo por el hecho de que ese mismo juez ha intervenido en procedimientos en los que alguna de las partes ha estado interesada. El juez, como el registrador, resulta determinado a través de las reglas de competencia.

Quizá podría plantearse, a la inversa, una alegación del banco que actúa en el procedimiento arbitral como parte, en el caso de que en los años inmediatamente anteriores hubiera mantenido algún conflicto con el registrador árbitro con ocasión de alguna calificación registral con la que el banco hubiera estado disconforme e, incluso, hubiera dado lugar a algún tipo de recurso. ¿Existiría en este supuesto motivo de recusación por enemistad manifiesta?

Aunque la cuestión de la obligación de abstención y de la consiguiente incompatibilidad del registrador en su actuación como funcionario está escasamente regulada en nuestro ordenamiento (el art. 102, párrafo primero, del RH solo les prohíbe calificar documentos en los que ellos mismos o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o sus clientes o representados, tengan *«algún interés en los mismos»*), la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado de ofrecer algunas pautas aclaratorias a través de la remisión al régimen de los jueces y magistrados. En concreto, la resolución de 7 de abril de 2016, en un caso en el que una persona solicitaba

una certificación manifestando que su objetivo era la interposición de una acción de responsabilidad civil contra el registrador que tenía que expedirla, trata de establecer algunas conclusiones bastante interesantes⁹¹:

- Se empieza reconociendo que la regulación prevista en el artículo 102 del RH es claramente insuficiente. Ello implica la necesidad de acudir a la analogía.
- A la hora de buscar normas que permitan esa aplicación analógica, se parte de la premisa de que los registradores actúan de forma independiente y bajo su responsabilidad personal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), pero sujetos al principio de imparcialidad. Si hay un caso en el que esas notas adquieran una especial relevancia, es el de la función judicial. Por tanto, hay que acudir a las normas recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Además, considera necesario tener en cuenta la doctrina que sobre la cuestión ha mantenido nuestro Tribunal Constitucional, inspirada a su vez en la recogida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según esa doctrina, ha de distinguirse entre una imparcialidad objetiva y subjetiva, siendo imprescindible que en cada caso se pruebe cumplidamente dicha falta de imparcialidad. No basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.
- Con estas premisas, llega a la conclusión de que no procede la abstención del registrador, porque entender que la mera manifestación de quien presenta un documento en el Registro acerca de la eventual futura interposición de una demanda contra el registrador es motivo suficiente para considerar que este incurre en situación de incompatibilidad, supondría facilitar un mecanismo para eludir la regla de competencia territorial que en nuestro sistema registral establece el artículo 1.2º de la Ley Hipotecaria.

Parece, en consecuencia, que, aunque habría que analizar caso a caso, el mero hecho de que una de las partes de un procedimiento en el que actúe como árbitro un registrador haya mantenido discrepancias con él con ocasión de la calificación de documentos en los que dicha parte estuviera interesada, no constituye por sí mismo motivo suficiente para justificar la alegación de falta de imparcialidad.

VI. CONCLUSIONES

El arbitraje es un procedimiento, fundado en el acuerdo de las partes, que encomiendan a un árbitro la resolución de un determinado conflicto. Aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, encuentra perfecto

fundamento en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.). Por otro lado, los efectos que el legislador ha querido reconocer al laudo y la aplicación de las garantías constitucionales *ex artículo 24 CE* al procedimiento arbitral, han permitido al Tribunal Constitucional hablar del arbitraje como un «equivalente jurisdiccional».

Aunque, por esencia, cuando se opta por el arbitraje los tribunales de justicia han de permanecer al margen, nuestro ordenamiento sí que ha previsto el auxilio judicial para que el procedimiento arbitral pueda alcanzar su objetivo.

El arbitraje está basado en la confianza que las partes depositan en el árbitro. Esa confianza se fundamenta en la formación técnica del árbitro y, especialmente, en su imparcialidad e independencia.

De acuerdo con lo establecido en la Ley, los árbitros han de ser personas físicas con plena capacidad de obrar y sin ninguna restricción o limitación de sus derechos civiles. Además, si se trata de un arbitraje en Derecho, deben ser juristas.

Existen dos tipos de arbitraje: el institucional, cuya administración se encomienda a una corte con arreglo a cuyo reglamento se desarrollará el procedimiento; y el llamado arbitraje *ad hoc*, en el que los árbitros no están integrados en una estructura institucional, que se regirá por los acuerdos de las partes y, en su defecto, por lo establecido en la Ley.

El procedimiento de designación de los árbitros se ha de ajustar a lo acordado por las partes o a lo previsto en el reglamento de la corte arbitral. Sin embargo, en no pocas ocasiones surgen dificultades para el nombramiento de los árbitros y es necesario acudir al auxilio judicial, a través de un procedimiento que regula el artículo 15 de la LA. Se trata de un procedimiento que tiene exclusivamente por objeto la designación de los árbitros. Poe ello, son inadecuadas algunas resoluciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que aprovechan ese procedimiento para analizar la validez del convenio arbitral o la inclusión de la controversia dentro del ámbito de dicho convenio.

Tanto el convenio arbitral como la designación de los árbitros pueden tener reflejo en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil. La inscripción del convenio se practicará en virtud de la escritura en la que las partes hayan plasmado dicho acuerdo y producirá el efecto de vincular a terceros que inscriban sus derechos con posterioridad al sometimiento a arbitraje en los términos del convenio. La designación de los árbitros hecha fuera del convenio presupone la iniciación del procedimiento arbitral, por lo que será necesario que con carácter previo o simultáneo se practique la anotación preventiva de demanda arbitral u otra medida cautelar que refleje que dicho procedimiento ha comenzado.

La independencia e imparcialidad de los árbitros es imprescindible para garantizar la confianza que las partes han de tener en el arbitraje. Por ello la LA obliga a los árbitros a ser y permanecer independientes e imparciales durante todo el procedimiento, a revelar toda circunstancia que pueda dar lugar

a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, y atribuye a las partes el derecho a instar la recusación del árbitro cuando consideren que está comprometida dicha independencia e imparcialidad.

Con relación a los registradores de la propiedad y notarios, después de la reforma de 2011 de la LA es indiscutible su aptitud para ser árbitros. Aunque ambas funciones tienen puntos en común, existe notables diferencias en el ejercicio profesional. Mientras que los notarios están sometidos al principio de libre competencia y a la regla de la libre elección por parte del cliente, los registradores actúan sujetos al principio de competencia territorial. Es por ello por lo que solo a los registradores les ha atribuido el legislador la potestad de hacer un juicio de legalidad a través de su calificación.

Precisamente esta diferencia entre ambos tipos de profesionales hace que el requisito de la independencia y la imparcialidad se vea mucho más comprometido en el caso de los notarios. Es indudable que si en el arbitraje en el que actúa un notario cualquiera de las partes ha demandado sus servicios en una época cercana al arbitraje, su independencia queda en evidencia. Eso no les ocurrirá a los registradores, dado que no son elegidos por sus clientes, sino que se rigen por la competencia territorial.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 43/1986, de 15 de abril
- STC 43/1988, de 16 de marzo
- STC 15/1989, de 26 de enero
- STC 62/1991, de 22 de marzo
- STC 174/1995, de 23 de noviembre
- STC 176/1996, de 11 de noviembre
- STC 9/2005, de 17 de enero
- ATC 26/2007, de 5 de febrero
- STC 136/2010, de 2 de diciembre
- STC 1/2018, de 11 de enero

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1^a de 9 de julio de 2007
- STS 1^a de 27 de junio de 2017
- STS 1^a de 21 de noviembre de 2017
- STS 3^a de 20 de mayo de 2008

3. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- R 20 de septiembre de 2006
- R 7 de abril de 2016
- R 24 de julio de 2017
- R 26 de julio de 2018

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- ATSJ de Comunidad Valenciana de 2 de noviembre de 2011
- STSJ de Castilla León de 24 de noviembre de 2011
- ATSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2011
- STSJ de Castilla la Mancha de 16 de diciembre de 2011
- STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2012
- STSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012
- STSJ de Madrid de 11 de abril de 2012
- STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012
- STSJ de Navarra de 22 de junio de 2012
- STSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2012
- STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 2012
- STSJ de Galicia de 1 de abril de 2013
- STSJ de Madrid de 1 de abril de 2013
- STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2013
- STSJ de Madrid de 12 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 18 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 20 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 9 de julio de 2013
- STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2013
- STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014
- STSJ de Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014
- STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014
- STSJ de Baleares de 5 de mayo de 2014
- STSJ de Madrid de 3 de junio de 2014
- STSJ de Madrid de 10 de junio de 2014
- STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2014
- STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2014
- STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014
- STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2014
- STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2014
- STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015
- STSJ de Canarias de 11 de marzo de 2015

- STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2015
- STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2015
- STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2015
- STSJ de Madrid de 14 de abril de 2016
- STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016
- STSJ de Madrid de 13 de julio de 2016
- STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2016
- STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016
- STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016
- STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2017
- STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017
- STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017
- STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017
- STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017
- STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017
- STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2017
- STSJ de Navarra de 21 de mayo de 2018

5. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia 748/2009 de la AP de Gran Canaria de 23 de marzo de 2009

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARMAS OMEDES, F. (2013). La condición de jurista del árbitro en derecho. En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BARONA VILAR, S. (2006). *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Thompson-Civitas, Navarra.

CAMPO VILLEGAS, E. (2004), *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley*. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona. Puede consultarse en <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurso%20Campovillegas.pdf>. (Última consulta 9 de diciembre de 2014).

CAÑAS MATA, C. (2018). Comentario de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, Madrid.

CARAZO LIÉBANA, M.J. (2017). Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, núm. 2, San Sebastián.

DEL REY BARBA, S. (2016). ¿Es posible el arbitraje hipotecario?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, noviembre-diciembre, 3177-3192.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992). Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre.

— (2005). Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos, *Revista de Derecho de sociedades*, número 24/2005, editorial Aranzadi.

— (2006). La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 26.

GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. (2014) Comentario del artículo 23 de la LA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por el mismo autor, editado por el Consejo General del Notariado.

GONZÁLEZ MALABIA, S. (2011). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por Barona Villar, S., 2^a edición, Madrid, Editorial Civitas.

GONZÁLEZ SORIA, J. (2018). Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros. En: M.J. Menéndez Arias (Coord.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra).

GRAYBET, D. (2001). La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos, *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, núm. 77 (2^a época), noviembre.

GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. (2013). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por Prats Albertosa, L., Madrid, Editorial La Ley.

IXUSCO ORDEÑANA, G. (2018). ¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, núm. 3, San Sebastián.

JIMÉNEZ-BLANCO, G. (2016). Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer.

LÓPEZ MEDEL, J. (2003). Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, septiembre-octubre.

LORCA NAVARRETE, A. (2012). *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, vol. I, año 2011. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

MALLANDRICH MIRET, N. (2012). La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, *Diario La Ley*, núm. 7903, correspondiente al 17 de julio de 2012.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 315-344.

MATEO Y VILLA, I. (2011). De la cláusula arbitral en materia de consumo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero, 79-137.

— (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, mayo-junio, 1167-1230.

MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, contenido y análisis comparado de la independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, núm. 2, San Sebastián.

— (2018). Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián.

MENÉNDEZ, M.J. (2016). La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer.

MERINO MERCÁN, J.F. (2004). *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

MERINO MERCÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a edición, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.

PÉREZ GURREA, R. (2011). La Transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, julio-agosto, 2310-2331.

REMÓN PEÑALVER, J. (2018). El arbitraje en España: la perspectiva constitucional, En: M.J. Menéndez Arias (Coord.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra).

— (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por GONZÁLEZ BUENO. C., Madrid, Consejo General del Notariado.

RUEDA GARCÍA, J.A. (2007) Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006), *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3.

SANSA TORRES, J. (2013). Los efectos registrales del laudo, En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

SERRADA, J. (2016). Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan, en la obra coordinada por Jiménez-Blanco, G., *Anuario de arbitraje 2016*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

NOTAS

¹ MERINO MERCÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a edición, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 213.

² MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 510.

³ MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, contenido y análisis comparado de la independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 2, San Sebastián, 346.

⁴ Por todas puede verse la sentencia 136/2010, de 2 de diciembre de 2010 (BOE 5 de enero de 2001).

⁵ Señala, por ejemplo, la sentencia 176/96, de 11 de noviembre, (BOE de 17 de diciembre), que «ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el laudo arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art.

24.1 CE). Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).

⁶ A este respecto puede verse MALLANDRICH MIRET, N. (2012). La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, *Diario La Ley*, número 7903, correspondiente al 17 de julio de 2012.

⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado, en sendas resoluciones de 20 de febrero de 2006 y 26 de julio de 2018, con un criterio que, en mi opinión, es bastante criticable, ha considerado imprescindible el auxilio judicial para que, una vez acordada por los árbitros la anotación preventiva como medida cautelar, dicha anotación pueda llevarse a efecto.

⁸ Sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, puede verse PÉREZ GURREA, R. (2011), *La Transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, 2322 y 2323.

⁹ MERINO MERCCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *ob. cit.*, 201.

¹⁰ CARAZO LIÉBANA, M.J., (2017). Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, número 2, San Sebastián, 179.

¹¹ En este sentido puede verse la sentencia 9/2005, de 17 de enero, BOE de 17 de febrero: «Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). “Solo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el artículo 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea “imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles” dichas garantías, pero trasladar estas “con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción” (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)».

¹² Señala así esta sentencia: «(...) concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos funda-

mentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución».

¹³ Señala expresamente esta sentencia: «En cuanto a lo que se debe entender por orden público, primera causa de impugnación de la parte demandante, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de mayo de 2012, Recurso 12/2011, “por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2^a, n.º 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artículo 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión (...)”».

¹⁴ IXUSCO ORDEÑANA, G. (2018). ¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 548-552.

¹⁵ Así lo entiende REMÓN PEÑALVER, J. (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por González Bueno. C., Madrid, Consejo General del Notariado, 318, con cita de MARTÍNEZ FLOREZ, A (2005). La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor, *Anuario de Derecho Concursal*, número 4, 315-344.

¹⁶ Así lo aclara la sentencia 748/2009, de 23 de marzo de 2009, de la Audiencia Provincial de Gran Canaria: «En efecto el Sr. Grisolía ya tenía extinguidas sus responsabilidades penales y no estaba inhabilitado para ejercer su profesión de abogado por lo que podía ser árbitro, tenía capacidad legal para ello, y sus antecedentes penales no constituyen per se motivo de abstención o recusación afectante a su independencia e imparcialidad respecto de las partes en conflicto entre quienes dirimía la controversia. Las expresadas circunstancias permitirían quizás cuestionar su idoneidad pero la inidoneidad del árbitro no es causa de anulación del laudo arbitral, podría serlo del convenio arbitral, por error en la persona nominada en el mismo cuando la calidad de la persona hubiera sido la causa que motivó el convenio arbitral».

¹⁷ Así lo entiende GONZÁLEZ MALABIA, S. (2011). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por BARONA VILLAR, S., 2^a edición, Madrid, Editorial Civitas, 723.

¹⁸ En esta línea se mueven autores como GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. (2013). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., Madrid, Editorial La Ley, 387 y 388; y, MERINO MERCHAN, J.F., (2004), *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 44.

¹⁹ REMÓN PEÑALVER, J. ob. cit., 319: «si bien esta segunda tesis pudiera parecer que favorece el juego de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, que debe ser la guía constante para la interpretación de la Ley, ni las instituciones arbitrales ni las partes deberían proponer candidatos que, en el momento en que se hace la propuesta, no reúnan las condiciones legamente exigidas. En caso contrario, se estaría generando una apariencia en la que podría razonablemente descansar la confianza de las partes o de una de las partes cuya regularidad estaría sometida a una condición inicialmente desconocida. En mi opinión, el valor supremo de la seguridad exige que las condiciones de capacidad deban concurrir desde el momento inicial de la propuesta».

²⁰ ARMAS OMEDES, F., (2013). La condición de jurista del árbitro en derecho. En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 171 y 172.

²¹ ARMAS OMEDES, F., *ob. cit.*, 172 y 173.

²² Así, por ejemplo, señala la sentencia de 20 de noviembre de 2012 del TSJ de Andalucía: «*En orden a la designación por esta Sala, ha de estarse a los criterios establecidos por las partes en el convenio arbitral. Conforme a esos criterios, a falta de designación conjunta por las partes, el árbitro habría de ser un profesor de Derecho de la Universidad de Málaga “especialista por razón de la materia”, y solo en su defecto, un abogado de Málaga. Las partes, pues, han expresado una preferencia por la condición de profesor especialista que ha de ser respetada, habida cuenta de que la vigente redacción del artículo 7.1 de la Ley de Arbitraje no requiere para el arbitraje de derecho que el árbitro tenga la condición de abogado, sino únicamente que tenga “la condición de jurista”. En definitiva, ha de darse la razón en este punto a la demandada, y desestimarse la pretensión explícita del suplico de la demanda de que el árbitro designado tenga la condición de Abogado en ejercicio».*

²³ Si se consultan los reglamentos de las principales cortes arbitrales españolas, como los de la Corte Española de Arbitraje, Corte Arbitral de Madrid, Tribunal Arbitral de Barcelona, CIMA..., podrá comprobarse cómo en todos ellos se establece el requisito de la experiencia en el desarrollo de la tarea de jurista como imprescindible para poder actuar como árbitro de las mismas.

²⁴ Dice así este auto: «*El hecho de que se trate de un arbitraje de equidad, como dispone la citada cláusula arbitral, no impide el nombramiento de un jurista. La disposición del apartado 1 del citado artículo 15 –salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal– solo implica la obligatoria designación de un jurista en arbitrajes que no sean de equidad, pero no restringe la intervención de árbitros con esa cualificación en los arbitrajes de equidad. Lo determinante es la selección del árbitro apropiado para resolver del modo más adecuado a la entidad y naturaleza de la controversia, con la mayor eficacia, también en los arbitrajes de equidad, las cuestiones debatidas entre las partes firmantes del convenio arbitral. Y todo ello teniendo en cuenta el Tribunal, con absoluto respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, los requisitos establecidos por estas para ser árbitro, y tomando las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, como señala el apartado 6 del mismo artículo 15».*

²⁵ Así lo reconoce la sentencia de 16 de enero de 2012 del TSJ de Castilla-La Mancha, al señalar que el árbitro es adecuado que sea «*jurista de profesión pues, aunque en equidad, debe resolver sobre las dudas, discrepancias o disconformidades que se produzcan en la ejecución de un contrato de resolución de uno anterior de aparecería y ya anuncia el demandado la posible nulidad del contrato por falta de capacidad del demandante. En cualquier caso, en relación con la solicitud deducida en la vista por la demandante, que uno de los árbitros fuera ingeniero agrónomo, el árbitro tiene la facultad conforme con el artículo 32 para nombrar perito que auxile con sus conocimientos técnicos en los extremos que resulten necesarios. Y entre los juristas, parece más adecuado acudir a los abogados en ejercicio –por su experiencia en la resolución de conflictos–(...)*

²⁶ A modo de ejemplo conviene traer a colación algunas de las normas que sobre este particular se recogen a las instituciones arbitrales más relevantes de España: A) *Corte de Arbitraje de Madrid*: El artículo 12 de su Reglamento regula el número de árbitros y el procedimiento de designación: «1. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. 2. Como regla general, la Corte decidirá que procede nombrar un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. 3. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un

plazo conjunto de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que en el escrito de solicitud de arbitraje o en el de respuesta a la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes haya manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Corte, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo de quince días sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte. 4. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 5. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Corte decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se concederá a las partes un plazo sucesivo de diez días, primero a la parte demandante y luego a la parte demandada, para que designe el árbitro que le corresponda. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de diez días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en el mencionado plazo, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 6. Los árbitros deberán aceptar su nombramiento dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Corte notificándolo». B) *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*: La cuestión viene regulada en el artículo 16 de su Reglamento: «1. En ausencia de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros, la Corte acordará la designación de un tribunal arbitral unipersonal, salvo que las circunstancias concurrentes en la controversia aconsejen la constitución de un tribunal arbitral colegiado. 2. En el supuesto de que las partes hayan convenido someterse a un tribunal arbitral unipersonal y no hayan alcanzado un acuerdo sobre el candidato, el árbitro único será nombrado por la Corte, de conformidad con el Reglamento y con los Estatutos, atendiendo a las circunstancias concurrentes y según el siguiente sistema: a. La Corte comunicará a cada una de las partes una lista idéntica con ocho (8) posibles candidatos; b. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes manifestará a la Corte su posición sobre los candidatos propuestos, enumerando cinco (5) nombres por su orden de preferencia; y c. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de cada una de las listas indicadas anteriormente, la Corte nombrará el tribunal arbitral unipersonal de entre las personas aprobadas en las listas devueltas, considerando —en todo caso— la mejor preferencia establecida por las partes. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento del árbitro según este procedimiento, la Corte ejercerá su discreción para nombrar al tribunal arbitral unipersonal. 3. En el supuesto de que las partes opten por un tribunal arbitral colegiado, el número de sus integrantes será tres. Cada una de las partes —en la solicitud de arbitraje y en la respuesta a la solicitud de arbitraje— podrá designar un árbitro de entre los componentes de la lista de árbitros de la Corte. Una vez confirmados por la Corte, los dos árbitros vocales elegirán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral colegiado. Si, dentro de los diez (10) días siguientes al nombramiento del segundo árbitro vocal, los dos árbitros vocales no llegaran a un acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, la Corte procederá a su nombramiento, de conformidad con el sistema previsto en el número 2 del presente Artículo y con lo establecido en el Artículo 18 de los Estatutos. 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los supuestos en que (i) exista pluralidad de demandantes o de demandados y (ii) el tribunal arbitral deba ser colegiado, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro vocal (cf. Reglamento, Artículo 12). En ese supuesto, la Corte invitará

a las partes para constituir el tribunal arbitral colegiado por un plazo improrrogable de diez (10) días, de conformidad con el sistema previsto en el número 3 del presente artículo. En el supuesto de que, transcurrido el plazo previsto en el párrafo precedente, las partes no consiguiesen constituir el tribunal arbitral colegiado conforme al Reglamento y a los Estatutos, la Corte constituirá el tribunal arbitral colegiado, nombrando a todos sus componentes —incluida la designación de quien deba ejercer las funciones de presidente— y revocando todo nombramiento ya realizado hasta ese momento. En este caso, la Corte quedará en libertad para escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro, aplicando las disposiciones del Reglamento y de sus Estatutos. 5. Los terceros autorizados a incorporarse como parte adicional al procedimiento arbitral podrán designar un árbitro vocal, conjuntamente con los integrantes de la parte procedimental a la que se hayan adherido y de conformidad con las disposiciones del Reglamento y de los Estatutos (cf. Reglamento, Artículo 13). 6. A petición de todas las partes y para supuestos concretos especiales, la Corte podrá autorizar la designación de árbitros ajenos a su lista, atendiendo a criterios de excelencia profesional en la materia y a la complejidad, trascendencia e importancia de la cuestión debatida».

C) *Corte Española de Arbitraje*: Se regula esta cuestión en el artículo 12 del Reglamento: «Artículo 12. Número de árbitros y procedimiento para su designación. 1. Las partes podrán acordar el número y la identidad de todos los árbitros y de quien desempeñe funciones de Presidente, siempre que sea impar. Durante el plazo para contestar a la solicitud, la Corte puede facilitar a las partes una lista de árbitros especializados en la materia objeto de controversia por si desean de mutuo acuerdo designar a uno de ellos. A falta de acuerdo sobre número e identidad de todos los árbitros, la Corte acordará la designación de un único árbitro, salvo cuando estime que la naturaleza, complejidad y demás circunstancias de la controversia sometida a arbitraje requiera el nombramiento de un colegio arbitral, en cuyo caso este estará integrado por tres miembros, que serán, a falta de acuerdo durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, designados en su totalidad por la Corte, salvo que esta, durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, de oficio o a petición conjunta de todas las partes, estime procedente la designación por cada una de las partes de un árbitro, designando estos de común acuerdo al Presidente. Si en los cinco días siguientes a su designación los coárbitros no hubieren designado al Presidente, este lo será conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. Si procede la designación de árbitros por la Corte, la Comisión de designación de árbitros confeccionará una lista con varios nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes tachará de la lista completa los nombres que le merecen objeción numerando los restantes de la lista por su orden de preferencia. La Corte podrá limitar el número de tachas a formular. El no pronunciamiento transcurrido tal plazo significará que todos los árbitros se consideraran igualmente aceptables para tal parte sin preferencia alguna entre ellos. La Corte elegirá al candidato o candidatos que, no habiendo sido tachados, hayan sido preferidos por las partes hasta completar el número de árbitros que deben ser nombrados. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento o existiere un empate, el árbitro será nombrado libremente por la Corte, según su propio criterio. Al confeccionar dicha lista, la Corte tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro. 2. En el caso de pluralidad de partes, si existiere acuerdo entre todas sobre número e identidad de los árbitros, se procederá a su designación. Si no existiere acuerdo, se estará a lo expuesto en el párrafo tercero del Apartado Primero. Si existiere acuerdo sobre que cada una de las posiciones procesales designe a su respectivo árbitro y estos al Presidente, se nombrará a los así designados. Si no existiere acuerdo sobre el Presidente, se procederá conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero. En caso de que existiere acuerdo sobre la designación de su respectivo árbitro, pero no se nombrara en el plazo de 5 días, la Corte procederá a su designación conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero, pronunciándose las partes a quien correspondía la designación pero no hubieren alcanzado un acuerdo o no hubieren ejercitado su derecho en tal plazo. Si la Corte apreciare cualquier tipo de fraude procesal en la designación de árbitros como consecuencia de la pluralidad de partes procederá a nombrarlos conforme a su libre criterio».

D) *Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)*: El Reglamento del TAB quizás sea el que menos amplitud concede a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir a los árbitros. Así se dispone en su artículo 11: «Nombramiento de árbitros por el TAB. 1.- En su caso, el TAB elegirá los árbitros con total libertad de criterio atendiendo a su independencia y libertad, a la naturaleza de la cuestión planteada, al idioma del arbitraje, al domicilio de las partes y al lugar de celebración del arbitraje, sin otras limitaciones que las que imponga la Ley. 2.- Solo a título indicativo pero no vinculante, las partes podrán señalar alguna característica de préstamos árbitros cuya designación corresponda al TAB. 3.- En arbitrajes internacionales, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, el TAB podrá nombrar árbitros nacionales de un país distinto a los de las partes. 4.- Los árbitros designados o nombrados por las partes requerirán la confirmación del TAB, quedando préstamos sujetos al presente Reglamento y a los honorarios acordados por el TAB dentro del marco de su tarifa».

²⁷ Señala así esta sentencia: «*Como consecuencia de lo anterior y dado que las partes se han sometido a un arbitraje de Derecho a tenor de las normas establecidas en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Gran Canaria, habrá de ser esta la que se encargue de designar árbitro a tenor de sus Estatutos, no resultando competente esta Sala para la designación del mismo. No corresponde, por tanto, a esta Sala de lo Civil la designación del arbitro según las normas que a tal fin se encuentran recogidas en la Ley de Arbitraje, concretamente en el artículo 15 de la misma, puesto que existe el acuerdo entre las partes acerca del sometimiento expreso a la Corte de Arbitraje de la mencionada Cámara*».

²⁸ Así lo reconoce la sentencia de 28 de noviembre de 2013 del TSJ de Cataluña: «*El artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje de constante alusión, relativo al nombramiento de los árbitros, dispone que, si no resultare posible designar árbitros (o bien, institución arbitral) mediante el procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar el nombramiento de árbitros (institución arbitral) o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, sustanciándose las pretensiones por el cauce del juicio verbal –Art. 15.4 LA–. Téngase presente que serán las partes directamente las que con total libertad pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad –Art. 15.2 LA– y solo para los supuestos, como el presente, en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes se podrá solicitar al tribunal competente la designación de los árbitros –o de la institución arbitral–, para evitar su paralización e impulsar el arbitraje*.

²⁹ Dice en su sexto Fundamento de Derecho: «*La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en la designación de árbitros es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga no sea una de las partes (nemo iudex in causa propria). Esta hipótesis es radicalmente inadmisible: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérmino y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro a una de ellas, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de ius cogens, del artículo 15.2 LA. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, si una designación tal hubiese tenido lugar sin conocimiento real del perjudicado. En el bien entendido de que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ..no es necesario –para que se infrinja el principio de igualdad– que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación. Otros supuestos comúnmente admitidos de quebra del principio de igualdad en la designación de árbitros son los siguientes: que el convenio arbitral disponga que la designación de un árbitro o de la mayoría de los árbitros se realice por una sola de las partes; y que las partes acuerden designar al árbitro o árbitros de entre los que figuren en una lista elaborada por un tercero cuando esa lista de árbitros entrañe un desequilibrio a favor de uno de los contratantes: así sucede, por ejemplo, si en la lista solo figuran miembros de una determinada asociación a la que pertenezca solo una de las partes; o también, en según qué casos, cuando la designación del árbitro se produjera sin libertad real de una de*

las partes, porque se impusiera como cláusula de adhesión de un contrato—tipo o como una condición general de contratación: la preponderancia del predisponente en la designación del árbitro o en la participación en el procedimiento de su designación habrá de ser analizada en las circunstancias de cada caso, pues, de concurrir, entrañaría una insubsanable quiebra del principio de igualdad (art. 15.2 LA), apreciable de oficio —art. 41.1-f) en conexión con el artículo 42, ambos de la LA—, en tanto que infracción del orden público inherente al procedimiento arbitral. Hemos de insistir, según lo ya expuesto, en que ciertos principios y garantías constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y, entre ellos, señaladamente, el principio de igualdad en la conformación y sustanciación del arbitraje, dada su naturaleza de “equivalente jurisdiccional”».

³⁰ REMÓN PEÑALVER, J. (2018). El arbitraje en España: la perspectiva constitucional, En: M.J. Menéndez Arias (Coor.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra), 474.

³¹ En el mismo sentido la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2015: «*En la vista, la parte demandante se afirmó y ratificó en su solicitud, reconociendo la parte demandada la existencia del convenio arbitral y proponiendo la renuncia al arbitraje y el sometimiento de las partes a la jurisdicción, lo que rechazó la parte demandante reiterando su solicitud*».

³² Señala esta sentencia del Tribunal Supremo: «*la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”». A partir de ahí concluye que «*Por eso, la interpretación “elástica” del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta Sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permite que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a los convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad “explícita, clara, terminante e inequívoca” de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción*».*

³³ Puede verse el comentario crítico de esta sentencia: CAÑAS MATA, C. (2018). Comentario de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, Madrid, 155-160.

³⁴ Puede citarse en este sentido la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017: «*No siendo, pues, SINAPTICAL integrante de la sociedad mercantil en cuyos estatutos se incluyó el convenio arbitral que motiva el nombramiento de árbitro interesado, carece de legitimación en este procedimiento. El alcance del convenio arbitral no puede extenderse a quien no está obligado por los estatutos de la sociedad donde se incluyó el convenio arbitral y está vinculado con la sociedad, por el contrario, en virtud de otra relación jurídica diferente, en la que se pactó expresamente la sumisión a la jurisdicción ordinaria. Con independencia de la participación que se acredite del Sr. Mauricio en SINAPTICAL, de las obligaciones del mismo en relación con la sociedad, cualquiera que hubiera sido la forma de su actuación, y de la eventual extensión de su responsabilidad a las sociedades que instrumentalmente pudiera haber utilizado, cuestiones que en todo caso correspondería decidir en el procedimiento arbitral, no puede aceptarse la vinculación directa de SINAPTICAL por un convenio arbitral incluido en los Estatutos de la Sociedad que administró en virtud de un contrato específico*».

³⁵ SANSA TORRES, J. (2013) Los efectos registrales del laudo, En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia, Tirant lo Blanch, 121 y siguientes.

³⁶ Entre otros, se mueven en esta línea: FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992) Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre, 2041-2042; GRAYBET, D. (2001) La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos, *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, número 77 (2^a época), noviembre, 3087 a 3090; LOPEZ MEDEL, J. (2003). Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 679, septiembre-octubre, 2817 a 2840; CAMPO VILLEGAS, E. (2004), Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona. Puede consultarse en <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Camp%20Villegas.pdf>. (Última consulta 9 de diciembre de 2014).

³⁷ MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 743, mayo-junio, 1171-1172: «i) Para el caso de designación mediata de los árbitros, identificación de la corte arbitral que haya de designarlos o señalamiento de las reglas que deban regir su nombramiento. Este extremo se hará constar en el asiento. ii) Para el caso de nombramiento inmediato, identificación en la forma expuesta para las partes. Este extremo se hará constar en el asiento. iii) No se admitirá la inclusión de personas que de conformidad con la Ley de Arbitraje no puedan ejercer esta función, ni se incluirán reglas de nombramiento que rompan con las previsiones de la norma últimamente citada, en especial las de igualdad y paridad, pleno ejercicio de derechos civiles, que, además, carezcan de impedimento legal para ejercer esta función, y, por último, y si fuera preciso, que tengan la condición de jurista. No es preciso que en el convenio se haga mención a estas normas pero para el caso de hacerse constar, deberán ajustarse a la precitada norma. iv) Cuando no pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los árbitros designados por las partes, ni siquiera aplicando las normas contenidas en la Ley de Arbitraje, se denegará la toma de razón solicitada».

³⁸ Señala esta sentencia: «El artículo 15.5 de la LA establece: “El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral”, y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que “...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje».

³⁹ Sobre la calificación registral del convenio arbitral puede verse MATEO Y VILLA, I. *Ob. cit.*, 1171-1174

⁴⁰ En este sentido podemos citar: la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de enero de 2012: *El artículo 15.5 LA dispone que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir, igualmente, que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el artículo 2 LA*; y la sentencia del TSJ de Navarra de 22 de junio de 2012: «A tenor de lo prevenido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988 a que se remitía el convenio arbitral, compete a esta Sala, en virtud de la reforma operada por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011, ambas de 20 de mayo, la intervención que se solicita y que únicamente sería rechazable si de los documentos aportados no resultare la existencia de un convenio arbitral artículo 15.5 Ley 60/2003); si la materia a dilucidar por el procedimiento arbitral no fuera susceptible de arbitraje (art. 2 Ley 60/2003)».

⁴¹ A este respecto es muy ilustrativa la sentencia del TSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012: «Existen pues dos contratos diferentes y, en principio independientes: de una parte la pactada resolución del arrendamiento en aparcería; de otra el convenio arbitral. Resulta obvio que puede existir el problema de la propagación de la nulidad de los negocios

jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe tenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad “por sí sola” de uno de los contratos no implica la del otro. La demandada pretende la nulidad del convenio arbitral por cuanto que el contrato de resolución otorgado necesitaría por su contenido al gravar la dotación fundacional, conforme con el artículo 21 de la Ley de Fundaciones, la aprobación del protectorado. Ahora bien, no se alega que tal requisito se exija para otorgar el convenio arbitral; sin que exista ahora como en la Ley de 1953 un precepto que establezca la capacidad necesaria para otorgar el compromiso arbitral. En principio, la mejor doctrina sostiene que la capacidad necesaria para otorgar el convenio arbitral es la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata, conforme con la dicción del artículo 2.1 LA por el que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. Y examinado por esta Sala el contenido del contrato en el que se pacta el convenio arbitral no parece que concorra la falta de capacidad denunciada (sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 22 LA) pues no existe acto alguno de gravamen (mucho menos enajenación) de bienes y derechos que forman la dotación fundacional, pues no lo es la asunción de una obligación de pago para recuperar las fincas cedidas en aparcería».

⁴² Pueden citarse como representativas de esta corriente las siguientes sentencias: sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014: «La cuestión a resolver, a la vista de la oposición de la demanda que plantea la nulidad de las cláusulas decimonovena y séptima del Acuerdo Marco y del Contrato de Promesa de Compraventa de Participaciones Sociales, es si en este procedimiento puede enjuiciarse la validez de la cláusula que plasma el convenio arbitral o, por el contrario, se limita a la prueba de la existencia de un convenio arbitral. El artículo 15.5 de la LA establece: “El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral”, y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que “...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje. Por tanto, de conformidad con la doctrina de este tribunal, sentencia número 6/2013 del TSJ CV de 26 de julio de 2013, “la Sala no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia... En consecuencia, el órgano judicial solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio, como establece en su apartado quinto el citado artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que dispone que únicamente se podrá rechazar la petición formulada cuando se aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”»; Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2015: «En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, el análisis de la validez del convenio arbitral —más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a analizar la decisión de fondo, en la que se incluye la legitimación pasiva, que el árbitro haya de adoptar sobre la concreta contienda que ante él se suscite (...). La legitimatio ad causam, verdadera cuestión de fondo, debe ser analizada atendiendo a la naturaleza de la pretensión ejercitada y a los límites legalmente establecidos para el tipo de proceso que se ventile. En este sentido, no cabe sino reiterar que estamos ante una demanda de solicitud de nombramiento de árbitro, con el limitado objeto que le es propio; objeto que viene fundamentalmente

precisado por la verificación, prima facie, de la existencia de un convenio arbitral y la determinación, también prima facie, de su contenido y alcance, amén de la comprobación de que las partes no han podido proceder, per se, a la designación impetrada. En palabras de la precitada sentencia 77/2015, “la tutela jurisdiccional que consiste en nombrar un árbitro puede ser demandada y ha de hacerse efectiva respecto de las personas a que se refiera el convenio arbitral y, por qué no, respecto de sus sucesores; pero la Sala no puede entrar a analizar –lo hemos dicho ad nauseam– la arbitrabilidad de la materia sobre la que recae la controversia anunciada, ni el real alcance subjetivo de lo que se vaya a someter a la consideración del árbitro... Si después la pretensión que se ejercita ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral –o sí vincule porque les sea extensible–, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex artículo 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el laudo”»; sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016: «Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros, cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, el resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por este Tribunal, que debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado, para proceder a continuación al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje»; y, sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017: «En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral –más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a resolver acerca de si el tema decidendi que se va a someter a arbitraje –impugnación de uno o varios acuerdos sociales, v.gr., por contravención de un pacto parasocial– queda amparado o no por el convenio arbitral, pues dicho análisis concierne a la decisión de fondo, en sí misma considerada, que el árbitro ha de adoptar al dirimir la concreta contienda que ante él se suscite, entre la que se incluye, como queda dicho, la determinación de los límites de su propia competencia y el alcance del artículo 28 de los Estatutos sociales (en tal sentido, mutatis mutandis, las sentencias de esta Sala 77/2015, de 2 de noviembre, y 80/2015, de 5 noviembre (roj STSJ M 12655/2015 y 12657/2015, respectivamente)».

⁴³ Dice así esta interesante sentencia: «Que sobre la existencia del convenio arbitral no tiene el tribunal jurisdiccional la última palabra con el nombramiento del árbitro, sino que la tiene el árbitro designado, lo confirma el artículo 22.2 de la misma Ley de Arbitraje, al disponer que a la eventual oposición de la inexistencia o invalidez del convenio en el procedimiento arbitral no obsta “el hecho de haber... participado en el nombramiento de los árbitros”, incluso –se sobreentiende– a través del oportuno procedimiento judicial. Y lo confirma también el artículo 41.1.a) cuando reconoce la inexistencia del convenio y la resolución de cuestiones no arbitrables o no sometidas a su decisión como causas de impugnación y anulación del laudo, sin exceptuar de ellas el pronunciado por árbitro de designación judicial. Pues bien, si tal doctrina es predictable de la existencia del convenio arbitral, con mayor razón lo será de otros extremos asimismo impeditivos del conocimiento y de una decisión arbitral de fondo del conflicto, como la determinación del alcance subjetivo y objetivo del convenio, de que en definitiva va a depender la competencia del árbitro para resolver las cuestiones sometidas a su decisión».

⁴⁴ Así, señala la sentencia del TSJ de Madrid de 13 de julio de 2016: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal

procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación. Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral».

⁴⁵ A este respecto es muy ilustrativa la sentencia del TSJ de Madrid de 11 de octubre de 2016 que afirma: «*Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación ..Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral (...).* Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes; si se ha pactado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación (...).

⁴⁶ Así, señala en el segundo fundamento de derecho: «*Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral.*» Más adelante (fundamento tercero) hace hincapié en la relevancia de la mala fe de una de las partes: «*La Sala conviene en que esta previsión evidencia que las partes han acordado lo que puede ser calificado como un procedimiento para la designación de árbitros, cuya estricta observancia podía requerir instar la actividad pertinente del referido Colegio profesional. En el bien entendido de que la cláusula no deja claro quién ha de realizar la insaculación, pudiendo entenderse, con arreglo al principio de buena fe —que habremos de volver a invocar— que los firmantes del convenio, obtenida del Colegio la lista correspondiente, puedan proceder ellos mismos al sorteo por insaculación... Desde luego lo que no es exigible es que una sola de las partes, sin contar con la otra, realice dicha insaculación o se vea en la necesidad, por ejemplo, de acudir a un fedatario que autentique la misma (...).* La Sala constata un extremo de la mayor relevancia: a diferencia del caso resuelto en nuestra sentencia 45/2016, de 31 de mayo de 2016 (autos no 19/2016), la aquí demandante no se ha limitado a reclamar con anterioridad a su demanda las cantidades que juzga debidas, ha hecho algo más a lo que esta Sala ha confe-

rido en repetidas ocasiones la debida trascendencia —sin ánimo exhaustivo, recientemente en la sentencia 51/2016, de 5 de julio (autos n.º 37/2016) y en la sentencia de 21 de febrero de 2017 (autos n.º 95/2016): se ha dirigido a ISOLUX con la intención expresa y clara de iniciar el procedimiento de nombramiento de árbitro dando cumplimiento a la cláusula, y lo ha hecho en un entendimiento de la misma cabal y conforme a su tenor. En este sentido, es inequívoco el burofax de 16 de enero de 2017, en el que se advierte, al propio tiempo, de que, de no recibir noticias, AIDE GROUP acudirá a los tribunales en demanda de nombramiento de árbitro y solicitará la imposición de costas. Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta no es una conducta acomodada a este principio general del Derecho. Si ISOLUX estimaba que lo procedente era dirigirse al Colegio de Ingenieros evitando una actuación judicial que reputaba innecesaria, debió decirlo así: pero su silencio pudo perfectamente ser interpretado, conforme a recta razón, como un silencio renuente al cumplimiento del convenio. La Sala entiende, pues, que concurre el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el artículo 15.3 LA».

⁴⁷ Señala esta sentencia: «Tercero.- La circunstancia de que no exista en la Cámara de Comercio e Industria de León una Corte de Arbitraje ni un reglamento que regule esta institución no es motivo suficiente para entender inválido el convenio toda vez que, como se ha dicho anteriormente, la vigente Ley, a diferencia de la anterior, ha establecido una previsión concreta para el caso en que no fuera posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, en su artículo 15 encomendando su nombramiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y estableciendo el procedimiento para efectuarlo. Cuarto.- Para casos como el presente en que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el artículo 1284 del Código civil en cuya virtud si una cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, por lo que deberá subsanarse la mención de la inexistente Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de León entendiéndola referida a esa última, considerándola como la Institución a la que las partes encomendaron la designación del árbitro de equidad cuyo nombramiento interesa el demandante».

⁴⁸ Muy ilustrativa en este sentido es la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: «Las demandadas mostraron su conformidad o “avención” con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remita a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avención puede ser calificada como allanamiento, vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no solo el nombramiento, sin más, sino también la “adopción de medidas” para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes».

⁴⁹ Dice así esta sentencia: «Habiéndose allanado la demandada a la pretensión del demandante expresada en el suplico de su escrito de demanda tendente a que por esta Sala se dicte sentencia nombrando árbitros conforme a lo pactado en la cláusula 11^a del contrato celebrado entre las partes el día 29 de mayo de 1997, y, además, convenido sobre que tres profesionales de la arquitectura deben integrar el colegio arbitral, tal y como quedó reflejado en los antecedentes fácticos de esta resolución, procede dictar sentencia de conformidad con lo solicitado por el actor y homologar el acuerdo al que llegaron las partes en lo concerniente a los profesionales que han de integrar el colegio arbitral».

⁵⁰ Citar a estos efectos la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017 que señala: «Sucede, empero, que, con la misma claridad, el convenio no prevé un procedimiento de designación de árbitros. Ahora bien, en congruencia con lo que antecede, la Sala repara,

asimismo —como ha hecho en otras ocasiones—, en que, aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas para intentar llegar a un acuerdo sobre las controversias surgidas en relación con el cumplimiento del Pacto de Socios —v.gr., doc. no 1 de la contestación—, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí demandante de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada. Ninguna prueba en tal sentido obra en las actuaciones. La actora ni siquiera alega tal circunstancia, que es expresamente negada por la demandada. Cumple hacer estas precisiones porque LAMBDOPP rechaza la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación. En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras sentencias 84/2015, de 17 de noviembre (roj STSJ M 13470/2015, FJ 4), 44/2016, de 31 de mayo (roj STSJ M 8097/2016), y 61/2016, de 11 de octubre (roj STSJ M 10730/2016, FJ 3), «falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el artículo 15.3 LA: “que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes”, o, en su defecto, que dicho nombramiento ni siquiera haya sido intentado. Esta circunstancia, como regla, debe abocar a desestimar la demanda sin proceder al nombramiento del árbitro solicitado». Y en la misma línea, la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017 precisa que: «aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas o requerimientos fallidos para intentar evitar el litigio sobre las controversias surgidas entre las partes —v.gr., doc. nº 4 de la demanda—, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí actora de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada».

⁵¹ Señala así: «Por otra parte, no son de estimar las objeciones que se han opuesto por la parte demandada en el acto del juicio. Se alega, en primer lugar, que no se ha intentado llegar a acuerdo alguno entre la parte actora y la parte demandada para nombrar conjuntamente un árbitro que dirima la contienda. Aunque es lo cierto que no consta acreditado que el actor se dirigiera a la entidad demandada a fin de llegar a un acuerdo en el nombramiento del árbitro y en el procedimiento a seguir para tal nombramiento, no lo es menos que tal intento de acuerdo previo no constituye un requisito “sine qua non” para posibilitar la solicitud de formalización judicial de arbitraje, tal y como se desprende de las disposiciones que se contienen en el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en las que la posibilidad de acuerdo previo queda al arbitrio de las partes, tal y como se deduce del uso por la norma legal del término “podrán”, pero no constituye una exigencia legal cuya ausencia impida a las partes el acudir a los Tribunales».

⁵² LORCA NAVARRETE, A. (2012). *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen I, año 2011. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 58 y 59.

⁵³ «El mencionado procedimiento de juicio verbal, no cabe caracterizarlo como un genuino juicio verbal de naturaleza contenciosa, sino que nos encontramos más bien ante un procedimiento judicial establecido para cuando resulte necesario suplir la voluntad de las partes en la designación arbitral, que resulta más próximo a los de jurisdicción voluntaria, y por tanto, la remisión al juicio verbal se realiza más propiamente a los meros trámites de dicho procedimiento, dados los principios de concentración y agilidad procesal que caracterizan dicho procedimiento (a «los cauces» del juicio verbal, dice la Ley), ya que no se encuentra en puridad, empeñada cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 LEC de 1881 declarado vigente por la actual LEC; a su vez, el artículo 250 LEC no recoge entre sus apartados la tramitación a través del juicio verbal de las pretensiones ejercitadas para el nombramiento judicial de árbitro)».

⁵⁴ CARAZO LIÉBANA, M.J., *ob. cit.*, 179.

⁵⁵ Afirma esta sentencia: «esta Sala, dentro de los límites de su enjuiciamiento, no deba llamar al proceso a los socios partícipes en la sociedad demandada a los efectos del nombramiento de árbitro, respecto de los que ningún litisconsorcio pasivo necesario se representa

como evidente. Si después la concreta pretensión que se hubiese de ejercitar ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral —o sí vincule porque les sea extensible—, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral —o les asiste el derecho de hacerlo, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser planteadas y resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex artículo 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el Laudo —así, v.gr., en nuestra sentencia 65/2016, de 13 de octubre (roj STSJ M 11921/2016)».

⁵⁶ En cumplimiento de este precepto, señala la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2011: «Así, dentro del amplio margen de que dispone la Sala en este caso para la designación del árbitro, solo limitado por la condición de jurista que señalan las partes, y que en todo caso, exige el artículo 15.1 de la mencionada Ley, entendemos razonable, en aras a las garantías de independencia e imparcialidad que han de procurarse, atender al objeto del conflicto (discrepancias en el desarrollo de unos contratos de arrendamiento y pago de rentas) y a la sede social donde radica la empresa demandada (Guadalajara) para confeccionar el listado de tres nombres (apartado 6 del artículo 15 LA) de entre los que figuran en la lista de árbitros facilitada por el Colegio de Abogados de Guadalajara, que son elegidos por la Sala mediante sorteo interno, habiendo recaído en los números 3, 6 y 9 de la citada lista, dada la falta de conocimiento por esta de quién o quiénes de dicha lista pudieran presentar un perfil profesional más adecuado al tipo de conflicto a resolver».

⁵⁷ Dice así la Sentencia: «Las demandadas mostraron su conformidad o “avenencia” con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remita a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avenencia puede ser calificada como allanamiento, vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no solo el nombramiento, sin más, sino también la “adopción de medidas” para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes».

⁵⁸ GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., (2014) Comentario del artículo 23 de la LA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por el mismo autor, editado por el Consejo General del Notariado, 429.

⁵⁹ BARONA VILAR, S. (2006) *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Thompson-Civitas, Navarra, 216.

⁶⁰ MATEO Y VILLA, I. (2014), ob. ya cit., 1195-1212.

⁶¹ Son las resoluciones de 20 de febrero de 2006 (BOE de 23 de marzo) y de 26 de julio de 2018 (BOE de 4 de agosto).

⁶² RUEDA GARCÍA, J.A. (2007) Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006), *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3, 380 y 381.

⁶³ RUEDA GARCÍA, J.A. (2007), ob. ya cit., 381.

⁶⁴ Este Informe puede consultarse en el apartado de Publicaciones de la siguiente dirección: <http://www.clubarbitraje.com/>

⁶⁵ GONZÁLEZ SORIA, J. (2018). Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros. En: M.J. Menéndez Arias (Coor.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra), 107.

⁶⁶ SERRADA, J. (2016). Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan, en la obra coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de arbitraje 2016*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 202.

⁶⁷ GONZÁLEZ SORIA, J., ob. cit., 108.

⁶⁸ En este sentido la sentencia del TSJ de Madrid, de 23 de septiembre de 2014, afirma que «*lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario —para que se infrinja el principio de igualdad— que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación».*

⁶⁹ Es muy ilustrativa en este sentido la sentencia del TSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014: «*Es cierto que la Ley de Arbitraje proclama en su artículo 17.1 que “todo arbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”. Cualquier normativa sobre arbitraje recoge idéntico precepto. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dispone: 1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje. Evidentemente, la primera obligación deontológica de un árbitro es la imparcialidad. La Real Academia Española define este vocablo como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. De la obligación de ser imparcial nada ni nadie pueden dispensar al árbitro. Además, un árbitro tiene que ser especialmente escrupuloso en el cumplimiento de esta obligación de revelar cualquier hecho que pueda suscitar la menor duda en cuanto a su independencia para permitir a las partes su derecho de recusación, en el caso de que él mismo no haya decidido motu proprio no aceptar el nombramiento. Ahora bien, el carácter contractual es inherente al arbitraje. Nada impide, por tanto, que las partes puedan nombrar a un árbitro aunque este haya tenido relaciones con una o con ambas. Tal nombramiento será válido si se ha comunicado previamente a todos la existencia de dichas relaciones. Y si surgen después de la aceptación de su misión por el árbitro, este tiene la obligación de comunicarlo por escrito a las partes para que puedan en su caso pedir la recusación. Por tanto, precisamente por ese carácter contractual del arbitraje, la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo. Haber mantenido este tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para que la que lo estime oportuno recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro».*

⁷⁰ Así lo reconoce la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: «*La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse “in casu”, tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean estos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».*

⁷¹ Señala así: «*A las condiciones de imparcialidad de los tribunales de justicia, extensivas a los que ejercen funciones arbitrales, se ha referido el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que derivan de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (...). (...) es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras conside-*

raciones ajenas al ordenamiento jurídico, pues aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

⁷² Sobre la dificultad que entraña la determinación de los casos en que está comprometida la imparcialidad del árbitro, y la utilidad que a este respecto tienen las Directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, puede verse GONZÁLEZ SORIA, J., *ob. cit.*, páginas 112 y 113.

⁷³ Afirma esta sentencia: «Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros —y de las instituciones arbitrales— pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el artículo 219 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) para jueces y magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del artículo 17.3 LA (RCL 2003, 3010), la Sala también pondera las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014; Directrices que analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso».

⁷⁴ En este sentido, nos recuerda la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 que: «Y ello en el bien entendido de que lo determinante para apreciar la parcialidad del árbitro no es la infracción del deber de revelación —por más que pueda ser un indicio de la falta de neutralidad—, sino que «lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia» (FJ 7, STSJ Madrid nº 61/2015)».

⁷⁵ Señala el TSJ de Madrid en este fallo: «De todas estas Directrices se infiere, por tanto, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia».

⁷⁶ Afirma la sentencia: «lo extraño y discordante sería que dicha entidad bancaria no tuviera una relación directa o indirecta con la Cámara de Comercio, en cuyo seno se incardina la Corte Arbitral, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, por razón del ordinario tráfico mercantil y societario, sin que de ello se desprenda ningún atisbo de interés o parcialidad, salvo prueba concreta al respecto, del laudo dictado, que también es cuestión distinta, y desde luego no ha sido probada por el demandante».

⁷⁷ Partiendo de que en el convenio se previó que los árbitros debían tener un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, sostiene la sentencia que: «Exigida, por tanto, a los árbitros en el convenio arbitral una especial cualificación en la materia objeto de resolución, el modo de acreditar tal conocimiento amplio en el mercado de productos financieros y derivados tiene, necesariamente, que estar en función de una vinculación profesional con la comercialización, tratamiento o estudio de estos instrumentos, acreditable, entre otras formas, a través de estudios doctrinales o participación en debates públicos sobre esta materia. Elegida así, por voluntad de las partes —soberanas en este ámbito—, una vinculación de los árbitros con los productos financieros que habrán de ser objeto de contienda arbitral, tal opción, libremente adoptada por las partes, es incompatible con una absoluta neutralidad doctrinal sobre las cuestiones derivadas de esa materia, difícil-

mente alcanzable en cualquier cuestión jurídica, en la que toda opinión siempre se inclinará por una de las alternativas posibles, en detrimento de las demás. Lo esencial, por tanto, para calibrar la imparcialidad de los árbitros que fueran designados entre los expertos en esos productos no podría nunca estar en función de las opiniones doctrinales manifestadas por cada uno de ellos en debates o trabajos jurídicos, sino en la vinculación objetiva o subjetiva con la materia concreta objeto de decisión en el arbitraje». Con cita del auto del Tribunal Constitucional 26/2007, de 5 de febrero, expresa: «la necesidad de valorar —en casos como el presente en el que la duda de parcialidad deriva de expresiones públicas— el grado de compromiso del magistrado con la opinión previa manifestada, atendiendo a la totalidad de las circunstancias concretas de cada caso, para determinar si las manifestaciones cuestionadas constituyen una toma de partido sobre el fondo del proceso concreto en que se plantea la recusación, y, entre ellas, si la opinión había sido emitida antes de adquirir la condición de magistrado, iniciado ya el proceso o con anterioridad; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten o dejan traslucir, su contundencia, grado de precisión, etc. (AATC 226/2002, de 20 de noviembre; y 61/2003, de 19 de febrero). Y, con todo ello, descarta el mismo Tribunal “que los trabajos científicos de los profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en contemplación hipotética de normas venideras, puedan apreciarse como casos subsumibles en ninguno de los supuestos” de la causa de recusación contemplada, añadiendo que “la redacción de tales trabajos científicos, por más que versen sobre normas enjuiciadas... no puede ser causa de recusación”, lo que distingue de los trabajos, estudios o dictámenes emitidos a instancia de instituciones u órganos implicados en el procedimiento».

⁷⁸ Dice así la sentencia: «las causas de recusación están previstas para el juez/árbitro con las partes, no con su letrado, al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho “Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si la enemistad manifiesta o la amistad íntima afecta a la imparcialidad judicial cuando la misma se aduce no en relación con la parte, sino con el Letrado de esta (AATC 265/1988, de 29 de febrero; 117/1997, de 23 de abril; 204/1998, de 29 de septiembre) o con el juez instructor de la causa penal en la que recayó la sentencia impugnada en amparo (AATC 115/2002, de 10 de julio; 136/2002, de 22 de julio) y ha descartado que, en estos casos, pueda vulnerarse el derecho fundamental al juez imparcial al entender que ‘la imparcialidad lo es respecto de quien solicita la tutela judicial y no en relación con quienes, colaborando con la justicia, representan y defienden a los justiciables’ (ATC 117/1997, de 23 de abril, FJ único). De ahí que se haya sostenido que como el ‘Letrado ni es parte ni es justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa (...) el legislador no incumple ni viola ningún mandato constitucional al no reconocerle el derecho a recusar’ (ATC 265/1988), y que también se haya afirmado ‘que la falta de previsión legal, como motivo de recusación, de la enemistad manifiesta de los Jueces y Magistrados con los Letrados de las partes que intervengan en el pleito o causa no supone lesión alguna del derecho fundamental a la imparcialidad del juez, que solo asiste al justiciable’ (ATC 204/1998, de 29 de septiembre, FJ 4)». (Auto Sala 1.^a de 9 de mayo de 2005). De acuerdo con la doctrina expuesta, es claro que la amistad íntima o la enemistad manifiesta del juez/árbitros, con los letrados de las partes o con otros sujetos que intervengan o hayan podido intervenir en el proceso no conlleva, en sí misma, una pérdida de su imparcialidad, pues la existencia de tales relaciones no determina que el juez no vaya enjuiciar el asunto con la ecuanimidad que le exige el ejercicio de su función, y ello es la razón de la falta de previsión legal de esta causa de abstención/recusación, no contraria al derecho al juez imparcial que garantiza el artículo 24.1 de la CE; no obstante ello, en algún caso es posible la pérdida de imparcialidad subjetiva, como convicción personal del Juez, que lo piensa en su fuero interno, como ha puesto de relieve en alguna ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...).».

⁷⁹ Dice así esta sentencia: «No previendo así la ley de arbitraje unos motivos de recusación de la institución administradora del arbitraje, la eventual intervención de esta en actividades de promoción de la resolución de controversias a través del arbitraje para un determinado ámbito empresarial, recomendando o proponiendo la inclusión en los convenios arbitrales

la administración del arbitraje por parte de esa institución, no permite por sí sola dudar de la imparcialidad del árbitro designado. El fomento del arbitraje para determinados sectores profesionales o mercantiles implica ordinariamente que algunas instituciones promuevan la inclusión en las cláusulas de arbitraje su intervención en el nombramiento de árbitros y en la administración del arbitraje, lo que determina la previa relación con, al menos, alguna de las partes del futuro procedimiento arbitral. Pero tal actuación no supone necesariamente la pérdida de la parcialidad de todos y cada uno de los árbitros incluidos en las listas de la institución arbitral, quienes son los que, bajo su responsabilidad, deben dictar la resolución arbitral».

⁸⁰ Afirma: «Cabe afirmar, en algunos casos, que las relaciones personales y profesionales entre el árbitro y el letrado de la parte, puedan comportar, una pérdida de imparcialidad objetiva consistente en que con independencia de la conducta personal, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda dicha imparcialidad, existiendo un interés indirecto en el árbitro». Sin embargo, en el caso concreto se descarta la ruptura del principio de imparcialidad: «la amistad referida del árbitro con el letrado de una de las partes es la derivada de las relaciones como abogados, dentro del ejercicio de la profesión. Se trata de una amistad genérica y de cortesía que comporta el desempeño del ejercicio de la Abogacía a la que se une el dilatado ejercicio profesional del Sr. Pintó y el conocimiento por este de quienes ejercen la profesión de abogado, en Barcelona, quien además de desempeñar el cargo de Decano del Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, ha realizado una labor docente con “afecto y consideración” también a quienes fueron sus alumnos. Asimismo, tampoco puede afirmarse, con éxito, que la independencia e imparcialidad del árbitro se vea comprometida por la circunstancia de haber sido, ambos, el árbitro y el Letrado de LUVIRR, miembros de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, aunque lo fueran durante diez años, pues su relación lo era como integrantes una Entidad de Derecho Público, en labores de asesoramiento, que tampoco pueden equipararse a la referida de compartir un despacho profesional, desempeñando unos trabajos puntuales relativos a las competencias de la Generalitat de Catalunya que no pueden ser aceptadas a los efectos de cuestionar la imparcialidad del árbitro, siendo, además, que han transcurrido más de 30 años (1980-1991) y no por ello deviene en incompatibilidades que produzcan y comporten la admisión de la abstención/recusación del árbitro».

⁸¹ Dice así: «Aquí el conflicto surge, no por una indebida relación entre los árbitros y las partes, sino entre los árbitros entre sí. Ciento es que la Ley de Arbitraje, en el artículo 17 habla de que los árbitros no podrán mantener con las partes, relación personal, profesional o comercial; que el conflicto o colisión de intereses en el que piensa la Ley es entre los “árbitros jueces” y las partes. Y cierto también que la Ley Modeló, las Directrices de la International Bar Association (IBA) o las Recomendaciones del Club Español de Arbitraje, contemplan, primariamente, el posible conflicto entre los árbitros y las partes. Pero también la sanción de nulidad habría de predicarse por la “injusticia intrínseca del laudo”, cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio y como aquí ocurre, las partes alejadas de aquellos».

⁸² Señala este fallo: «para los supuestos en los que conforme al artículo 14 LA se le asigna la administración de arbitraje y la designación de árbitros a una asociación de arbitraje, es claro que desaparece la base misma de la independencia e imparcialidad –requisito sine qua non para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral– pues si bien dichas cualidades se predicen de los árbitros que han sido designados (art. 17 LA) en casos, como el presente, “...en los que la vinculación entre la entidad de arbitraje y los letrados que asesoran a una de las contrapartes es patente, la parcialidad puede predicarse también de la entidad arbitral viciando de partida cualquier procedimiento arbitral que se formalice...” (SAP Barcelona –Sec. 15 – 270/2007, de 15 de mayo)».

⁸³ Puede verse un comentario de esta sentencia en MENÉNDEZ, M.J., (2016). La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 101 y siguientes.

⁸⁴ Señala la sentencia: «*Esta Sala ha señalado repetidas veces la necesidad de predicar la imparcialidad y la independencia no solo del árbitro, sino de la institución llamada a administrar el arbitraje (por todas, SS. 63/2014, 65/2015, 55/2016). (...). La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: “la administración del arbitraje y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia” (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo —nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...—, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del tema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción —más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional— que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. (...). No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular —porque hace al caso— la que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando —v.gr., deber 6—, sub epígrafe *De los conflictos de intereses*, cómo dichas instituciones “deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad”. Imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros, cuando dice: “No solo es preciso que los árbitros sean independientes e imparciales, sino que estas características se deben exigir igualmente a las instituciones que intervengan en su designación. Las instituciones arbitrales deben designar a los árbitros a través de un procedimiento reglado, en el que no intervenga ninguna persona que carezca de la independencia e imparcialidad que se exige a los propios árbitros”. Esta premisa es plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Y no cabe olvidar algo ya señalado: que lo que en un ámbito determinado no puede sino ser concebido como una recomendación o admonición, en el propio de esta jurisdicción puede y debe ser calificado jurídicamente, en según qué casos, como verdadera exigencia con entraña en la misma Constitución Española, dada la naturaleza de equivalente jurisdiccional del arbitraje. En efecto, por imperativo constitucional no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes, y de la de imparcialidad en la decisión y en la administración del arbitraje. O, como dijimos, entre otras, en nuestra Sentencia 47/2014, de 16 de julio, existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el arbitraje en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del arbitraje como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: el monopolio en la impartición de justicia que consagra el artículo 117.3 de la Constitución solo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, las debidas condiciones de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al órgano jurisdiccional que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate. Ahora bien, dicho lo que antecede, es igualmente claro —también lo hemos señalado, v.gr., en la S. 13/2015, de 28 de enero (FJ 3)—, que el cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de Arbitraje tiene que sustentarse en razones objetivas, en*

motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto».

⁸⁵ Señala: «en algunas ocasiones, la jurisprudencia —también la de esta Sala (v.gr., por todas, S. 24/9/2013, ROJ STSJ M 15966/2013— ha sostenido que la imparcialidad propiamente dicha concierne al árbitro, más que a la institución arbitral, en la medida en que es aquel quien resuelve, siendo el único que puede ser recusado. Ahora bien, este criterio, correcto con carácter general —aun cuando admite matizaciones—, pues responde a la concepción —legal y doctrinalmente aceptada— de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obstante —no puede obstar— a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto este es un “equivalente jurisdiccional”, en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje... (...). La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien lauda o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos. Esta hipótesis es radicalmente inadmisible: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérmino y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro o como administradora del arbitraje a una de ellas —o a alguien que dependa de una de ellas—, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de ius cogens, del principio de igualdad. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del arbitraje, con la restricción indebida de la libertad negocial —v.gr., por ocultación de datos relevantes».

⁸⁶ JIMÉNEZ-BLANCO, G. (2016). Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 118 y 119.

⁸⁷ Señala este autor: «El criterio de la sentencia es conforme con la práctica del arbitraje en España. Es frecuente que quienes forman parte de las listas de árbitros de una institución arbitral actúen como letrados defensores de las partes en otros procedimientos de arbitraje administrados por la misma institución. Esto es particularmente admisible dada la extensión de muchas listas de las instituciones arbitrales, que hacen que los miembros de las mismas no puedan considerarse como pertenecientes a una especie de “club cerrado” del que pueda presumirse una voluntad de “ayuda mutua” que pueda afectar a su imparcialidad».

⁸⁸ Dice así la sentencia: «La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este artículo 4. Destacamos las siguientes afirmaciones: “Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral”. En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral —por delegación de estas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen

de su actuación. De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad —incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra—, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad».

⁸⁹ Señala esta resolución: «Nuestro ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extraregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (art. 17 de la Ley Hipotecaria); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el propio asiento (arts. 1.3º y 38 de la Ley Hipotecaria); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (art. 32 de la Ley Hipotecaria); o que adquiera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Dada la trascendencia que se reconoce a la inscripción, nuestro legislador, ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, se preocupó especialmente por garantizar el control de legalidad de los títulos que accedían al Registro. Para ello dispuso dos filtros. Por un lado, encomendó a los registradores de la propiedad la realización de un exhaustivo análisis de la legalidad del documento que se presentaba a inscripción. Y, por otro, estableció la necesidad de que, con carácter general, solo pudieran ingresar en el Registro documentos públicos».

⁹⁰ Sobre la especial cualificación e independencia de los registradores para actuar como árbitros, puede verse DEL REY BARBA, S. (2016). ¿Es posible el arbitraje hipotecario?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 758, noviembre-diciembre, 3187.

⁹¹ Señala el tercer Fundamento de Derecho de esta resolución: «Plantean los recurrentes la posible incompatibilidad del registrador para calificar la solicitud de expedición de certificación, dado que, según manifiestan, esta certificación se pide con objeto de utilizarla en la interposición de una reclamación judicial de responsabilidad contra dicho registrador por determinadas actuaciones registrales previas. En efecto, el artículo 102 prohíbe al registrador calificar los documentos que se presenten cuando tengan algún interés en los mismos. En tanto el precepto no realiza mayores aclaraciones sobre qué ha de entenderse por la expresión “algún interés”, ha de acudirse a otras normas de nuestro ordenamiento que guarden analogía con este caso. Los registradores actúan de forma independiente y bajo su responsabilidad personal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), pero sujetos al principio de imparcialidad. Si hay un caso en el que esas notas adquieran una especial relevancia, es el de la función judicial. En este ámbito, el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al regular las causas o motivos de abstención y, en su caso, de recusación, de los jueces, considera como tales, situaciones en las que entre alguna de las partes y el juez exista o haya existido algún procedimiento judicial, o el hecho de que haya sido sancionado disciplinariamente en un expediente instado por los mismos (art. 219.4.a,5.a y 8.a). En el caso objeto de este recurso concurre una particularidad que lo diferencia claramente. Si el legislador al determinar los requisitos de imparcialidad que han de concurrir en un juez solo ha entendido que debe producirse su abstención cuando existe o ha existido un procedimiento judicial instado por las partes, pero no cuando lo único que hay es el anuncio de que quizás se pueden interponer dichas acciones posibles en el futuro, no parece

que existan razones para sostener un criterio más estricto en el caso de los registradores de la propiedad. Como indica el registrador, tanto en el texto de la certificación emitida, como en el informe que forma parte de este expediente, no se ha acreditado por los recurrentes la interposición contra él de la correspondiente demanda de responsabilidad. Entender que la mera manifestación de quien presenta un documento en el Registro acerca de la eventual futura interposición de una demanda contra el registrador es motivo suficiente para considerar que este incurre en situación de incompatibilidad, supondría facilitar un mecanismo para eludir la regla de competencia territorial que en nuestro sistema registral establece el artículo 1.2.º de la Ley Hipotecaria. No podemos olvidar en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 133/2014, de 22 de julio), cuando, al analizar la imparcialidad de los jueces y magistrados, y siguiendo la línea de distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva que ha recogido en su jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha recordado que: “El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635); LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad. No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162], FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 26], FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo [RTC 2008, 60], FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril [RTC 2011, 47], FJ 9)». Por tanto no se puede considerar acreditado que el registrador tenga interés alguno en el documento por el que se le solicita la expedición de certificación, con lo que no se considera necesaria la intervención de un registrador sustituto en los términos previstos en el artículo 102 del Reglamento Hipotecario”».

(Trabajo recibido el 14-1-2019 y aceptado para su publicación 1-4-2019)