

ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL JUICIO
DE ÁRBITROS TRAS LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho

Internacional Privado.

Universidad Complutense de Madrid

ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL JUICIO DE ÁRBITROS TRAS LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL. II. EXTENSIÓN DE LA ARBITRABILIDAD. 1. Controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. 2. Elementos dominantes de la tendencia expansiva. III. MARCO GENERAL DE LAS RELACIONES ENTRE EL JUEZ Y EL ÁRBITRO. 1. Consecuencias del efecto negativo del convenio arbitral. 2. Necesidad de la colaboración de los Tribunales. 3. Corolario del incremento del arbitraje administrado. IV. ARBITRAJE INTERNO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL. 1. Resultado de un tratamiento unitario. 2. Internacionalidad del arbitraje. 3. Inexistencia de foro del árbitro y relevancia de la sede del arbitraje. 4. Extraterritorialidad del árbitro. V. INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 1. Alcance de las medidas anti-proceso arbitral. 2. Intervención del juez en la actividad del árbitro. 3. Apoyo judicial en la realización de la prueba. 4. Medidas cautelares o precautorias. VI. CONTROL JURISDICCIONAL DEL LAUDO ARBITRAL. 1. Alcance de los recursos jurisdiccionales contra el laudo arbitral. 2. Ámbito de la acción de anulación en la LA/2003. VII. EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS. 1. Primacía de los tratados internacionales. 2. Órgano competente

para el exequátur y cuestiones procesales. 3. Causales de denegación del reconocimiento. 4. Algunas cuestiones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

I. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL

1. La actividad arbitral, cuyo resultado es directamente vinculante para las partes que se han sometido a arbitraje por mutuo acuerdo, no pretende suplantar en modo alguno el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el art. 39 LEC incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales. Dicha labor puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovible, responsable y sometida al imperio de la Ley. Y si esto acontece con la operación de “juzgar”, que es una de las facetas de la función jurisdiccional, no ocurre lo mismo con la otra faceta, relativa a “hacer ejecutar lo juzgado” (art. 2.1.º LOPJ). Dicho en otros términos, puede establecerse un procedimiento para que los particulares digan lo que es justo en relación con ciertas controversias que versen sobre materias de libre disposición de las partes, pero la función de ejecutar lo juzgado requiere inexorablemente la *potestas* del Estado a través de los órganos judiciales (1). Y son precisamente esos órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4.º Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA/2003) establece que “Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881”. La labor de los árbitros carecería de eficacia mate-

(1) J. CARRERAS, “Las fronteras del juez”, en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 111

rial si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción (2).

Desde una perspectiva internacional, el árbitro no posee un orden jurídico estatal para administrar justicia. La prevalencia de esta tesis la motiva el control de los tribunales de la sede del arbitraje y la aplicación de su ley al convenio arbitral internacional. Si el convenio arbitral colocase a los árbitros en la estructura jurisdiccional de un Estado, la ley de éste regirá la mayor parte del arbitraje y, desde luego, el convenio arbitral; de esta suerte los árbitros aplicarán la *lex fori*, tal y como lo hacen los jueces de ese Estado. Por estas razones, dicha asimilación es excesivamente dogmática y parcial; pero si, además, el convenio de arbitraje, motiva un arbitraje privado internacional, esta concepción es irreal: provoca la incompetencia de los jueces y tribunales, no ya de ese Estado, sino de todos, de forma que la función del árbitro no tiene por qué estar sancionada por la ley de ese Estado, sino de cualquier otro conectado más directamente con el asunto y, finalmente, el control de laudo que se dicte, sólo de una manera casual, entrará en contacto con el ordenamiento jurídico y con la jurisdicción de ese Estado, en un potencial acción de anulación (3). Bien puede suceder que no se solicite la intervención del juez ni antes, ni durante, ni después del arbitraje, así que difícilmente puede aceptarse que la institución quede, necesariamente, integrada en tal ordenamiento jurídico y, menos aún, en tal jurisdicción (4). En el plano internacional son varios los ejemplos de que los tribunales arbitrales privados no se consideran jurisdicciones del Estado. Y ello implica, desde un punto de vista práctico, que la valoración de la validez y eficacia de

(2) J.M.^a CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, 2.^a ed., Madrid, 1991, p. 54. Vid. J.L. GOÑI, "Eficacia y ejecución del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 57-70.

(3) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 42-43.

(4) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 52.

los convenios arbitrales se deba realizar desde normas de Derecho internacional privado, materiales o de conflicto, pero dimanantes del derecho de obligaciones.

2. La consideración en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en orden a la polémica acerca de la naturaleza jurídica de esta institución (5), por más que dicha polémica cada vez tenga menor interés pudiendo zanjarse con tópicos del tenor de la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos (6) o como “contrato procesal” (7), o concluir en que “el arbitraje es arbitraje y ésta es su naturaleza” (8). Pero los planteamientos tradicionales aún subsisten en la jurisprudencia y en la doctrina. Y así, desde una posición jurisdiccionalista se entiende que el árbitro posee la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilada a una sentencia y, en su virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria (9), pues su actividad dimana de esta última. Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Dere-

(5) H. MOTULSKY, “La nature de l’arbitrage”, *Ecrits*, t. II, *Etudes et notes sur l’arbitrage*, París, 1974, pp. 5 ss; B. OPPETIT, “Sur le concept d’arbitrage”, *Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 229-239.

(6) R. BERCOTIZ RODRÍGUEZ-CANO, “Art. 1”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1999, p. 18.

(7) Vid. M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros, *Derecho procesal práctico*, t. VIII, 2.^a ed., Madrid, 1995, p. 762; A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, pp. 8-17.

(8) S. BARONA VILAR, “Introducción”, en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pp. 58-59.

(9) E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lounière de l’évolution récente du droit de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294-295. De defensa de esta posición en España se puede encontrar muy bien sistematizada en F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 39 ss

cho confiere a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado y se trastocan en procesales, al otorgarles la misma ley, la tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas (10). No puede ignorarse que durante muchos años ha dominado la teoría defensora de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y tal posición se ha justificado frecuentemente en lo dispuesto en el Protocolo y en el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927 y a partir, sobre todo, de la imposibilidad de admitir sentencias arbitrales no originarias de una sede estatal, esto es, supranacionales.

Sin desconocer que la posición que se adopte en orden a la naturaleza del arbitraje descansa muy directamente en cada uno de los sistemas estatales en presencia (11) y que existe una tendencia inequívoca hacia su confluencia, de la LA/2003 se desprende una posición eminente contractualista que resulta más acorde con la realidad del actual comercio internacional y que no implica el mantenimiento de una supuesta supranacionalidad del arbitraje que no tome en cuenta su nacionalidad o su sede. La idea rectora no puede ser otra que el equilibrio entre una y otra posibilidad. La vida de cualquier arbitraje pasa por varias fases en las que entra en contacto con diferentes sectores jurídicos. En origen es esencialmente un contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una competencia especial hacia los árbitros (12). Lógicamente, la única forma de evitar que esa competencia y su juicio, choque con la de los Tribunales estatales es evitar que éstos puedan entrar a conocer de ese

(10) Vid. L. MARTÍNEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984, p. 25.

(11) Vid. A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, París, 1987, pp. 135 ss. Por ejemplo, el carácter jurisdiccional del arbitraje se reconoce por la jurisprudencia belga: G. HORSMANS, "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1990, p. 799.

(12) Aún tienen validez las clásicas afirmaciones de L. DÍEZ PICAZO en torno a la noción de arbitraje y del compromiso arbitral que lo pone en marcha ("El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje"; *ADC*, 1954, pp. 1155-1173).

asunto. Finalmente, la decisión que recaiga tiene efectos de cosa juzgada (13) y, por esa razón, debe estar sometida a control. Este control en vía de recurso responde, como se ha afirmado más arriba, al propio interés de las partes y, en ese sentido, es esencialmente garantista de sus derechos y de una correcta utilización de la vía arbitral. Nada de todo esto implica que los árbitros tengan relación alguna con la jurisdicción de los Estados. El método es de auto-composición y su regulación pretende la seguridad jurídica y las garantías de los derechos de las partes.

3. El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente de reconocimiento del Estado y que discurre en el marco de los derechos renunciables. Los intereses de la denominada “sociedad de comerciantes” de una resolución privada de sus litigios se enfrentan a los intereses del Estado en orden a la correcta aplicación de las normas que afectan a los particulares que no tienen por que ser partes necesariamente en el arbitraje. La exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. Pero ello no implica que las partes renuncien a la protección que les brindan los tribunales (14): las actuaciones judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependen-

(13) De acuerdo a la STS 4 de junio de 1991: “Al quedar firme el laudo, las partes aceptaron sus declaraciones, por lo que éstas son cosa juzgada para las mismas y, por ello, no pueden volver sobre los remas en los que hubo pronunciamiento arbitral, por lo que será nulo todo laudo posterior que se pronuncia sobre las cuestiones controvertidas ya resueltas por un laudo anterior firme”. Las decisiones de la jurisdicción ordinaria que se citan en el presente estudio van referidas a los siguientes buscadores: www.estlaw.es y www.laley.net. Las decisiones que no figuran en los mismos se encuentran en las dos secciones de jurisprudencia, interna e internacional, que se incluyen en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984 a 2005 y en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000-2004.

(14) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, op. cit., pp. 46-47.

cias diferentes de un mismo edificio. No es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad.

Constituyendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición. Mientras que el juez es el titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo y está revestido de *imperium*, el árbitro, desprovisto de tal cualidad únicamente ejerce su mandato en el marco de la autonomía de la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia: el árbitro posee autoridad, pero carece de potestad que es atributo exclusivo del Estado (15). Se trata de un particular que ejerce una función pública como otros operadores jurídicos como el notario, el capitán de un buque mercante, el párroco de una iglesia, los agentes de aduana, los guardias jurados o los habilitados de clases pasivas (16), una función que tiene carácter cuasi-jurisdiccional y que ha que contar con el necesario apoyo de la jurisdicción para que su decisión tenga eficacia. Dado que el árbitro no es una entidad pública, no puede hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones por sí. Sólo el Estado, en tanto que depositario del poder público soberano, puede imponer por la fuerza sus determinaciones, por esta razón, el árbitro requiere del órgano estatal para hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones. El árbitro tendrá por sí la autoridad que las partes le confieran en forma contractual; el Estado y sólo el Estado otorgará fuerza coercitiva a esa autoridad, de lo contrario la autoridad que contractualmente le dan las partes al árbitro, sería estéril e ineficaz. Por simple lógica, los sistemas jurídicos en donde existe la posibilidad de que las partes sometan sus contro-

(15) M. SERRA DOMÍNGUEZ, "Naturaleza jurídica del arbitraje", *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 580.

(16) ATC 259/1993, de 20 de julio.

versias al juicio de un árbitro, necesariamente tendrán dispositivos legales que den eficacia a dicha actividad, pues no tendría razón de ser sin tales dispositivos. Este es el fundamento de los tres primeros párrafos del art. 8 LA/2003.

4. Al configurarse la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los justiciables como una de las funciones esenciales del Estado, es lógico que se establezcan unos mecanismos de defensa de carácter riguroso de suerte que la posibilidad que tienen los particulares de sustraerse a la misma cuenta con las debidas garantías. Como el arbitraje comporta una excepción al monopolio de la justicia estatal (17) y una inevitable derogación de normas de carácter imperativo, la sumisión de las partes a tal procedimiento debe ser sometida a un estricto control para verificar la auténtica voluntad de las partes de renunciar a la tutela jurisdiccional, sobre todo cuando en la relación jurídica se encuentra una “parte débil”. Nos hallamos ante la posibilidad de que los denominados contratos de adhesión incluyan una cláusula de arbitraje con una claro desequilibrio para las partes. No en vano llegó a afirmarse que “ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria” (18). La frecuente presencia de cláusulas de arbitraje que son impuestas en determinados contratos: pólizas de seguros, contratos de transporte de mercancías o contratos bancarios han puesto la voz de alarma contra la institución arbitral por considerar que no existe una voluntad de acepta-

(17) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, 2005 (en prensa).

(18) F. DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, 1961, p. 332, nota 142. El autor, en uno de los estudios más críticos respecto de la institución arbitral vaticinaba que esta posibilidad “será utilizada y aprovechada por los empresarios más poderosos y por las multinacionales, para introducir en las condiciones generales de los contratos impuestas de ordinario, la sumisión al arbitraje, y a favor de un árbitro que se encuentre en dependencia de aquéllas o al de una institución arbitral que le pueda ser favorable “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *ADC*, 1979, pp. 621).

ción por parte de quien los suscribe dado su carácter coactivo e insustituible y que, con ello, ésta queda despojada de su derecho de acudir a la jurisdicción estatal reclamando justicia. Se trata de situaciones en que se rompe el equilibrio entre las partes contratantes y donde pueden vulnerarse las exigencias de seguridad jurídica y que suponen una clara perversión de las reglas mínimas que deben inspirar la redacción de los denominados contratos tipo o cláusulas tipo y que únicamente puede ser corregida a través de la acción del Estado o de determinadas Organizaciones internacionales (19). Esta es la razón de que ciertas legislaciones de arbitraje declaren nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en una situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros y aunque no prevista en la Ley modelo Uncitral y es también digna de destacar la innovación de algunas legislaciones al contemplar normas expresas relativas a la inclusión de un convenio arbitral en contratos de adhesión. De ello es buena muestra el art. 9.2.º LA/2003 al establecer que cuando “el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato” (20). No resulta de recibo en este contexto la renuncia expresa a la jurisdicción y el sometimiento a una determinada modalidad de arbitraje que no garantice el equilibrio entre las partes como, por ejemplo, un contrato que coloque en una situación no equitativa a la parte compradora al hacer depender la resolución de los eventuales conflictos a un órgano arbitral del que

(20) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La primera de estas disposiciones considera en el ap. 26 de su disposición adicional abusiva y por tanto nula de pleno Derecho la “Sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

(19) Situación que hemos denunciado y sobre la que nos hemos detenido en su día. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2003, pp. 130-135.

forme parte la parte vendedor; es más, dicha estipulación debe ser considerada nula por abusiva.

Convine recordar no obstante, que el carácter de adhesión de un contrato no conlleva la nulidad del mismo, sino que es preciso que sus cláusulas comporten un carácter abusivo, esto es, que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o que configuren en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios (21). Es decir, el carácter abusivo de una cláusula o estipulación deviene del perjuicio desproporcionado para el consumidor o usuario, o del desequilibrio en el contenido obligatorio de esta parte contratante (22).

5. Asimismo, la referida autonomía de la voluntad puede también quedar afectada por la existencia en una relación contractual de una posición de dominio de una de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido. Acontece esto cuando existe una actuación parcial y un interés inequívoco y directo en la controversia por parte de la entidad de arbitraje que gestiona el mismo y a quien corresponde el nombramiento del árbitro. Lo que aquí se cuestiona no es la existencia misma del arbitraje, sino las garantías esenciales del procedimiento seguido toda vez que el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial. Y tales garantías esenciales deben considerarse vulneradas, por ejemplo, “cuando la entidad administradora del arbitraje se constituye con carácter general en parte contratante con las empresas que solici-

(21) A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales de la contratación internacional*, Madrid, 1992, pp. 149 ss.

(22) Por ejemplo, el art. 3 de la Directiva (CEE) 93/1913, de 15 de abril de 1993, establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, considerando que no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido.

tan el arbitraje, asesorándoles, facilitándoles impresos y contratos, garantizándoles prácticamente el cobro de lo que llama indemnizaciones por incumplimiento de los clientes con gestiones de dudosa licitud, incluso fuera de la esfera civil, consistentes ni más ni menos que en la averiguación de datos de solvencia previa de la parte demandada, lo que supone labores de investigación patrimonial de una de las partes, antes incluso de iniciarse el procedimiento arbitral” (23).

II. EXTENSIÓN DE LA ARBITRABILIDAD

1. *Controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho*

6. Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, sin embargo, el Estado, a través de la legislación establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este procedimiento. Esta restricción obedece a que el Estado considera que existen cuestiones cuya decisión puede afectar, además de a las partes de la controversia, al orden público. Y a ello debe agregarse las materias de competencia exclusiva que corresponde a los Tribunales de un determinado Estado toda vez que el carácter contractual y privado del arbitraje impide a los árbitros conocer de éstas (24). La determinación de qué categorías de controversias deben de ser resueltas necesariamente por órganos estatales, quedando, por lo tanto, excluidas del arbitraje, es realizada individualmente por cada ordenamiento jurídico. Dentro de los criterios empleados para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de árbitros, existen varias tendencias entre las que se halla la inclusión de todos aquellos asuntos que a la luz de la ley

(23) SAP Madrid, Sección 11ª, de 16 de febrero de 2004.

(24) Resulta ilustrativa la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 20 de enero de 1989 (“Société phocéenne de dépôt / Société dépôts pétroliers de Fos”), *Rev. arb.*, 1989, pp. 80 ss.

nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes, señaladamente aquellas vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas. Esta posición se recoge en el art. 2 LA/2003 que, al igual que la LA/1988, regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición. El legislador consideró, con buen criterio, innecesario que la ley incluyese una relación de materias que no son de libre disposición. Como indica la Exposición de Motivos “Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”.

Esta operación, denominada “arbitrabilidad”, no es otra cosa que una verificación de la validez del convenio arbitral entrañando que si el litigio es inarbitrable de conformidad con el Derecho aplicado por los árbitros éstos deberán declarar su incompetencia para enjuiciar el asunto. Si no lo hacen así y persisten en continuar el arbitraje es obvio que el laudo que eventualmente dicten no sólo podrá ser susceptible de anulación en el Estado de la sede del arbitraje, sino que el hipotético exequátur podrá ser rechazado en el Estado donde se pretenda su ejecución (25). El laudo arbitral, puede, en efecto, ser anulado por los motivos indicados ante el tribunal del Estado elegido como sede del arbitraje y así lo confirman las leyes de arbitraje que, como la española, han seguido en este punto la pauta de la Ley modelo Uncitral. De esta suerte el art. 41.1º.e) LA/2003 incorpora dentro de las causales que determinan la anulación del laudo que los árbitros hayan resuelto

(25) B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 296, 2002, pp. 42.

“sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”. En el segundo supuesto, apreciación de la arbitrabilidad por el juez del exequá-tur, la cuestión debe ser resuelta de oficio por el juez de conformidad con lo dispuesto en el art. V.2.º CNY, aunque la doctrina insiste en que tal apreciación debe tener un carácter restringido. En ambos casos, sin embargo, el juicio de valor acerca de la arbitrabilidad se vincula directamente a consideraciones de orden público (26).

Los convenios internacionales, por su parte, son tributarios de esta situación. La CNY de 1958, recoge en su art. II.1.º el compromiso por parte de los Estados contratantes de reconocer todo convenio arbitral “concerniente a un asunto que pueda ser sometido a arbitraje”. Asimismo, su art. V.2.º proclama que “se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”. El Convenio de Ginebra de 1961 (CG) dispone en el último párrafo del art. 6.2.º que “el tribunal ante el cual se hubiere promovido el asunto podrá denegar el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la *lex fori* la controversia no es por su objeto o materia susceptible de arreglo mediante arbitraje”.

7. Hecha esta salvedad, la tendencia se orienta a ampliar el número de cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje aunque es natural que se registren aún importantes reticencias. Debe tenerse en cuenta que la inclusión de una determinada materia en el ámbito de la arbitrabilidad implica una cesión automática por parte del Estado de su competencia para conocer de determinadas controversias en favor de la justicia privada y que el alcance de dicha cesión en el marco comparado muestre una importante dosis

(26) K. BÖCKSTIEGEL, “Public Policy and Arbitrability”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, 1987, pp. 177-204.

de particularismo (27). En la Uncitral se ha visto que no es fácil determinarla y que hay una gran diversidad de criterios (28). Es un tema que está en evolución y actualmente más materias están siendo consideradas como arbitrables, es el caso de la propiedad intelectual y de la competencia económica, cuando se refieren a derechos y obligaciones de las partes. Existe la propuesta de que el Grupo de Arbitraje de Uncitral, estudie la arbitrabilidad de las controversias sobre el gobierno corporativo de las sociedades y sobre propiedad industrial e intelectual. Y dicha propuesta ya empieza a recoger sus frutos.

La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma, terrenos tradicionalmente “incómodos” en el arbitraje, como el derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional (29). Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo (30). Es aquí donde, de

(27) M. REQUEJO ISIDRO, “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 85-86.

(28) N. BOUZA VIDAL, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 200, pp. 371-394.

(29) Aunque esta apreciación es más práctica que teórica y, mucho menos, de fuente legal. Es una construcción basada en la tolerancia estatal; *vid.* P. SCHLOSSER, *Das recht Der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tubinga, 1985. p. 234.

(30) Una visión de general de los nuevos retos del arbitraje y su relación con las jurisdicciones estatales en B. M^a. CREMADES SANZ-PASTOR, “El

manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje (31); pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación. El discutido concepto que encierra el art. 36.2.º de la Ley modelo Uncitral o, en sede reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.º del Convenio de Nueva York de 1958 (CNY) está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cual sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a segundo plano.

8. En el caso del arbitraje, la relación de algunos litigios, o de las operaciones en que traen causa, con normas imperativas, ha generado dos incógnitas en la doctrina. De un lado, la posible inarbitrabilidad de controversias afectadas por normas imperativas y, de otro, la necesidad o no para los árbitros de respetar tal imperatividad. En el momento actual puede afirmarse que las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables (32). Como se ha indicado, la operación jurídica de base, el contrato, versa sobre derechos disponibles y eso hace que

arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

(31) R. KOVAR, “Droit communautaire de la concurrence et arbitrage”, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1987, pp. 109-124, esp. p. 111.

(32) Cf. K.H. BOCKSTIEGEL, “Public Policy and Arbitrability”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series*, n.º 3, 1987, pp. 177-204.

las controversias que de él dimanen también lo sean. Lo relevante a estos efectos es que el litigio traiga causa en el contrato mismo, desde su propia validez a su cumplimiento o extinción, lo que incluye la reclamación de nulidad por contravención del orden público en materia de defensa de la competencia y sus consecuencias en las relaciones entre las partes (33). Después de todo, los árbitros en estos casos están decidiendo sobre el contrato mismo, objeto de su competencia. Ahora bien, en esta labor decisoria deben tenerse presentes las normas imperativas. No, ciertamente, porque sean normas del foro, ni de un tercer Estado, puesto que los árbitros no disponen de un foro de referencia. La razón es que son las “normas jurídicas aplicables al contrato”, y con carácter necesario (34).

La jurisprudencia arbitral ha elaborado una doctrina al respecto que se centra en el concepto de orden público transnacional, de manera que el respeto por las normas imperativas, concretamente la de defensa de la competencia, sería un principio integrado en este voluble concepto. La construcción jurídica es brillante, pero dadas las últimas decisiones del TJCE al respecto, quizá haya devenido innecesaria. Lo cierto es que si las controversias aludidas son arbitrables, los árbitros asumen la responsabilidad de dictar laudos que luego resulten eficaces ante las jurisdicciones nacionales, tanto de control como de reconocimiento y ejecución. Y un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas, por lo menos si la anulación o la ejecución se plantean en Estados afectados por el comportamiento anti-competitivo. En esos supuestos, la efectividad del laudo se vería

(33) Vid. Laudo CCI n.º 6503/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 613-617 y H. VERBIST, “The Application of European Community Law in ICC Arbitrations”, *Bull. CCI, Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe*, 1994, esp. pp. 38-39, donde se cita el Laudo CCI n.º 7097/1993 en referencia a esta cuestión.

(34) Vid. O. LANDO, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 746-768, esp. pp. 765-768. Laudo CCI n.º 9333 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n.º. 2, 1999, pp. 102-104).

impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión de TJCE en asunto “Eco Swiss c. Benetton”, reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes.

Este posible control estatal no tiene por qué darse en todos los casos, así que es correcto que desde instancias arbitrales se abogue por la consideración de las normas imperativas como parte del llamado orden público transnacional: ya que el árbitro no está obligado a aplicar la ley de policía de un Estado, salvo si dicha ley revisite un carácter de orden público transnacional, tal orden público se considera incluido en la *lex mercatoria*. Lo cierto es que, en cualquier caso, la convivencia entre las normas imperativas y la *lex mercatoria* es posible si se encuadran correctamente sus respectivos ámbitos de aplicación y finalidades.

2. Elementos dominantes de la tendencia expansiva

9. Tanto en Europa como en España se inició un extenso debate en el último tercio del siglo XX en torno a los problemas fundamentales que suscitaba el recurso al arbitraje para solventar las cuestiones litigiosas producidas en el seno de las sociedades mercantiles. Se insistía al respecto en la difusión extraordinaria de la cláusula arbitral en los estatutos, sobre todo de las pequeñas y medianas sociedades, insistiéndose en la conveniencia de sustraer a los tribunales ordinarios la resolución de las controversias sociales. Siendo un debate que cada vez se inclina más hacia la arbitrabilidad del Derecho de sociedades, por obra preferente en nuestro país

de la jurisprudencia, no es de extrañar que aumenten entusiastas posiciones proarbitrales que afirman que el éxito del arbitraje societario reside en la cooperación y coordinación de árbitros, jueces, registradores mercantiles y fedatarios públicos. Por ejemplo en España el convenio firmado en 2001 entre las Cámaras de Comercio y el Colegio de Registradores, a partir del cual se despejó el futuro del arbitraje societario, dándose un paso importante a la hora de admitir el arbitraje societario con la anotación preventiva de suspensión de acuerdos sociales, inscritos en el Registro, como medida cautelar adoptada por el árbitro competente (35). No obstante, también es evidente que el terreno que discurre entre el territorio judicial y el del arbitraje no es libre y que está sometido a un estricto control; en concreto para que una cuestión litigiosa pueda ser resuelta por arbitraje es menester que se produzca surgir en materias de las que las partes implicadas puedan disponer libremente o, como dicen la generalidad de las Leyes de arbitraje “en materias de libre disposición conforme a Derecho”. Esto es lo que ocurre con las controversias societarias, en general, y de modo acentuado, con las impugnaciones de los acuerdos de la junta general (36). Una situación conflictiva desconocida antes, en las históricas sociedades de los arbitrajes forzados, pero que es actualmente la más representativa y frecuente en la vida corporativa de las modernas sociedades de capital cuya organización jurídica es tan distinta a la de aquéllas (37). La litigiosidad

(35) La Corte Española de Arbitraje ha sido pionera del arbitraje institucional en esta materia con la elaboración una cláusula tipo de arbitraje societario, recogida en su Reglamento, para que toda controversia entre la sociedad y los socios; entre los órganos de administración de la sociedad y los socios, se resolviera mediante un arbitraje de derecho en el marco de la Corte. Esta cláusula ha sido homologada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siendo la que utilizan las Cortes de las Cámaras, adaptada a sus correspondientes reglamentos de arbitraje.

(36) *Vid.*, por todos, J.M.^a MUÑOZ PLANAS y J.M.^a MUÑOZ PAREDES, “La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje”, *RDM*, n.º 238, 2000, pp. 1411 ss y *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, 2002, pp. 1977-2030.

(37) *Vid.* B.M.^a CREMADES, “El arbitraje societario”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000-2201, pp. 13-38.

más frecuente que se da en el área del Derecho societario y dónde es susceptible la utilización del arbitraje para resolverla abarca los conflictos que surgen entre los socios y los administradores representan prácticamente la mitad de los recursos que se entablan en los Tribunales de Justicia; con un porcentaje menor se sitúa la mayor parte de las controversias entre socios y, en último lugar, entre la sociedad y terceros. La especialización en materia mercantil convierte al sistema arbitral en la vía natural para zanjar los conflictos que surgen en el seno de las sociedades. Asimismo, otra característica del arbitraje como es la confidencialidad le infiere una relevancia especial como vía de solución (38).

Debe hacerse especial hincapié que la STS 18 de abril 1998 dio carta blanca a la utilización del sistema arbitral en Derecho societario después de muchos años en los que la introducción de la cláusula arbitral en los estatutos societarios fuera absolutamente rechazada y que este proceso expansivo hacia la arbitrabilidad en Derecho de sociedades registró un fuerte respaldo (39), como evidencia la STC 9/2005, de 19 de enero (40). De acuerdo con esta decisión no corresponde al Tribunal Constitucional resolver la cuestión relativa al derecho de separación del socio de una sociedad anónima en los casos en que los estatutos sociales hayan previsto un arbitraje de equidad para resolver las cuestiones que se susciten entre los socios y la sociedad, confirmando o corrigiendo la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por el órgano judicial. Se trata de una cuestión que a juicio del Tribunal Constitucional se circunscribe al ámbito de la legalidad infraconstitucional: “queda claramente fuera de la jurisdicción de este Tribunal y la circunstancia de que la demanda de amparo ponga el acento en demostrar que está en juego el

(38) Vid. el completo estudio de P. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 y Derecho societario*, Pamplona, 2005, pp. 161 ss.

(39) Para el sistema belga Vid. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, París-Bruselas, 2002, 552 pp.

(40) La jurisprudencia constitucional que se utiliza en este artículo ha sido extraída de la web: www.tribunalconstitucional.es.

ius cogens societario no concede, por sí misma, relevancia constitucional a lo resuelto”.

10. La expansión del arbitraje en el Derecho de la competencia en Europa (41) es manifiesta. Una liberalización comercial puede verse frustrada por deficiencias en la aplicación de la política de la competencia y por otra parte los instrumentos de la política comercial (aranceles, cuotas y otras formas desprotección) pueden restringir la competencia y sustraer a los consumidores y a las empresas importantes beneficios. Si a escala nacional los monopolios producen una transferencia de los consumidores a los productores, disminuyendo el volumen de comercio, lo mismo sucede en el plano internacional. La competencia en los mercados domésticos promueve la competitividad internacional de las empresas; pero eso pese a que el Derecho de la competencia es *prima facie* un Derecho nacional, sin embargo, su aplicación se ha ido extendiendo progresivamente a escala regional como evidencia la situación existente en la Unión Europea. En la práctica comparada, desde la famosa decisión del Tribunal Supremo norteamericano en “Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc”, se han venido considerado como arbitrables aquellas controversias que contienen elementos de Derecho de la competencia (42). Dicha práctica es un hecho, al menos en la Europa comunitaria, desde la decisiva S TJCE recaída en el asunto “Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV” (43). La controversia derivaba de un contrato de licencia en exclusiva que, desde el punto de vista del Derecho

(41) W. ABDELGAWAD, “L’arbitrage international et le nouveau règlement d’application des articles 81 et 82 CE”, *Rev. arb.*, 2004, pp. 253-282.

(42) J.A. Bertrand, J.A., “Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues: *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*”, *Harvard Int. L.J.*, vol. 25, 1984, pp. 427-433.

(43) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (Comentario a la STJCE de 1 de junio de 1999: Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1999, pp. 137-148.

comunitario de la competencia, afectaba y conculcaba el art. 81 TCE. Impugnado un laudo arbitral ante la jurisdicción holandesa, el *Rechbank* planteó una cuestión prejudicial al TJCE de particular importancia: ¿puede ser el laudo arbitral declarado nulo, por infracción del orden público nacional, al no haber tenido en cuenta la infracción del art. 81 TCE? La respuesta del Tribunal de Luxemburgo no deja lugar a la duda: el laudo arbitral es nulo, como lo era el contrato en que traía causa, por vulnerar la libre competencia; esto es, el laudo que se pronuncie acerca de los derechos y deberes dimanantes de un contrato contrario al orden público, también atenta contra ese orden público. Esta doctrina debe aplicarse a las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros conforme a la CNY de 1958, en la medida en que en el mismo se establece como motivo de denegación del reconocimiento del laudo la infracción del orden público (art. V.2.º letra b).

La interpretación de los contratos relativos a derechos de propiedad intelectual introduce una dificultad especial debido a que la regulación de tales derechos requiere un cierto grado de especialización y de conocimiento de la materia. Dentro de los supuestos de arbitrabilidad objetiva hoy existe práctica unanimidad en la inclusión en la misma de los derechos de propiedad industrial y las eventuales reticencias provienen del interés de cada Estado de que sean sus propios órganos los que decidan sobre la existencia de derechos exclusivos que ese Estado otorga y garantiza. Este es el motivo de que los límites impuestos al arbitraje en este ámbito estén estrechamente vinculados con la configuración en cada sistema jurídico del régimen de tales derechos (44). En la práctica nos encontramos con muchos ejemplos de resoluciones que no valoran en absoluto el derecho de la propiedad intelectual o que incurrir en errores acerca del alcance de la cesión de los derechos de que se trata. La ventaja del arbitraje

(44) P.A. de MIGUEL ASENSIO, “Arbitraje y contratos internacionales sobre propiedad industrial en el Derecho español”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VIII, 1992, pp. 38-41.

en este sector es que excluye la publicidad propia de los procesos que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, lo que le confiere la confidencialidad conveniente a cierto tipo de obras protegidas por la propiedad intelectual.

Dentro de este examen sectorial cabe observar que si bien, el arbitraje como la insolvencia son dos procedimientos con propósitos, objetivos y naturalezas diferentes, ello no implica que carezcan de ciertos puntos de contacto. Por eso, resulta cada vez más frecuente que los distintos ordenamientos jurídicos introduzcan mecanismos de arbitraje superadores de los problemas de las empresas en crisis donde el Estado de insolvencia no necesariamente provoca el desapoderamiento o la liquidación de los bienes del deudor. La incidencia más importante del entronque entre ambas materias se recoge en el art. 52 Ley 22/2003, de 9 julio, concursal que refiriéndose a los procedimientos arbitrales en los que sea parte el deudor “quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. Y, en lo que respecta a los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso “se continuarán hasta la firmeza del laudo”, siendo de aplicación las normas contenidas en los aps. 2 y 3 del art. 51. Asimismo, en relación con los laudos firmes “dictados antes o después de la declaración de concurso” éstos vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda (art. 53) (45).

3. Referencia al arbitraje en materia de inversiones

11. El presente estudio está centrado exclusivamente en el arbitraje comercial y por tanto se excluye el tratamiento de una modalidad arbitral que ha adquirido un desarrollo sin precedentes

(45) E. VERDERA Y TUELLS, “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley concursal”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIX, 2004, pp. 11-68.

en los últimos años en el marco de las relaciones entre países desarrollados y países necesitados de capital extranjero: el arbitraje en materia de inversiones cuya puesta en marcha tiene un carácter eminentemente unilateral; de ahí que un sector doctrinal le denomine “arbitraje transnacional unilateral”, con una referencia casi exclusiva a los arbitrajes sobre inversiones. Frente al arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual que se plasma en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista; las circunstancias aludidas dan otro calificativo a la institución que estamos estudiando: “arbitraje sin vínculo contractual”. Ello comporta un elemento diferencial importante: que en la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral lo que obliga, inexorablemente, a un pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión y a la nacionalidad del inversor, cuestiones que son ajenas al arbitraje comercial convencional. Otro elemento diferencial concierne a la confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, que cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros (46). Por último ambas modalidades arbitrales se diferencian en que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho internacional público, con independencia de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones realizadas por las partes en orden al Derecho que debe ser aplicado (47).

(46) M. ROMERO JIMÉNEZ, “¿Es la confidencialidad un principio generalmente aplicado a los arbitrajes comerciales internacionales?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n.º 15, 2004, pp. 195-210.

(47) Vid. A. PRUJINER, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 63-99.

III. MARCO GENERAL DE LAS RELACIONES ENTRE EL JUEZ
Y EL ÁRBITRO

1. *Consecuencias del efecto negativo del convenio arbitral*

12. La actividad arbitral no puede por el momento desvincularse de la actividad legislativa y jurisdiccional del Estado. Existe aún una clara vinculación del arbitraje comercial internacional a un determinado sistema “nacional” tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial. No en vano el art. 7 LA/2003, siguiendo literalmente la redacción del art. 5 de la Ley modelo Uncitral, al establecer que “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”, confirma el denominado efecto negativo del convenio arbitral impidiendo a los tribunales de justicia conocer de las controversias sometidas a arbitraje (48). Y este criterio se hace mucho más explícito en el art. 11 que declara el carácter obligatorio del convenio arbitral compeliendo “a las partes a cumplir lo estipulado” e imposibilitando “a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Es más, la declinatoria no “impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales”.

De ello se extrae la regla general del sistema según la cual, cuando existe una inequívoca voluntad de las partes para solucionar sus controversias a través del arbitraje (art. 5/LA1988) (49), los

(48) E. MARTÍ MINGARRO, “Art. 7: Intervención judicial”, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (J. GONZÁLEZ SORIA, coord.), Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 79-81.

(49) E. FONT SERRA, “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989, p. 351; M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, “La caracterización del convenio de arbitraje en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje”, *La Ley*, 1999-2, p. 1031; F. CORDÓN MORENO, “Comentario a los arts. 5 a 11 de la Ley de Arbitraje”, *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Madrid, 1990, p. 50; L.F. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, pp. 89-95.

tribunales deben limitar su actuación a las labores de apoyo y de control que se detallarán oportunamente (50). Para que el convenio arbitral despliegue sus efectos deberá acomodarse a las prescripciones impuestas por el legislador (51) y expresar una “voluntad” (art. 9.1.º LA/2003) de las partes en tal sentido que no pueda ser objeto de manipulaciones ulteriores. Dicha voluntad puede ponerse en duda cuando estemos en presencia de un convenio defectuoso, válido en lo esencial, pero que presenta imprecisiones puede provocar la ineficacia del propio convenio arbitral (52). También puede ponerse en duda cuando la intención inicial de las partes sea evitar la contienda judicial, pero esté ausente la decisión incuestionable de someterse al juicio de árbitros, por ejemplo, porque la cláusula de arreglo de controversias futuras establezca con carácter previo al arbitraje otro procedimiento no jurisdiccional como el dictamen de un arquitecto. Como pusiera de relieve la SAP Madrid de 6 de junio 2001, lo destacable es que el pacto o la cláusula compromisoria vincule a las partes es una doble vertiente, tanto positiva como negativa. La “primera caracterizada por una voluntad inequívoca de compelerse a su formalización; y la segunda, caracterizada por la expresión de no querer un proceso judicial que entre a valorar el fondo del asunto para resolver la controversia”.

Una serie de equívocos se producían en gran medida por la obligación, incluida en el art. 5.1.º LA/1988, de que las partes debían cumplir la decisión de los árbitros. Así se expresó la STS 1 de junio

(50) M.A. FERNÁNANDEZ BALLESTEROS, “Art. 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, op. cit.*, pp. 115-133.

(51) La SAP Valladolid de 23 de noviembre de 1989 consideró que una cláusula de sumisión a dos expertos para decidir las controversias técnicas o económicas de un contrato de obra no tenía el carácter de cláusula compromisoria que produjese la excepción de arbitraje.

(52) E. ARTUCH IRIBERRI, “El convenio arbitral defectuoso”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 415-421. *Vid.* SAP Madrid de 27 de abril de 1998 y nota de E. ARTUCH IRIBERRI, *ibid.*, vol. XIV, 1998, pp. 195-198.

de 1999 interpretando el referido precepto al entender que el convenio arbitral “debe contener el consentimiento –declaraciones de voluntad concordes– de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1.º al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase ‘obligación de cumplir tal decisión’ no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento” (53). Siguiendo esta corriente doctrinal y jurisprudencial dicha obligación ha quedado eliminada en la LA/2003.

13. El establecimiento de la declinatoria como cauce procesal oportuno no era una novedad en nuestro sistema pues ya había sido incorporado con la reforma de la LEC/2000 que cuya Disposición final octava había dado una nueva versión al art. 11 LA/1988 que, además, tuvo la virtud de despejar otras posibilidades no menos perniciosas del sistema anterior al impedir la actuación, de manera prácticamente automática, del dispositivo de sumisión tácita. Dicha reforma se caracterizó, además, por suministrar una regulación positiva a las necesidades planteadas hace ya muchos años por los Convenios internacionales en la materia (art. IV CG y art. II CNY) (54). En cualquier caso, la existencia de convenio arbitral no es cuestión que pueda valorar el juez español de oficio, sino que corresponde a la parte a que interese hacerla valer mediante declinatoria (55); por eso, para oponerse al procedimiento judicial

(53) Este razonamiento sería reiterado por las SSTs 11 de diciembre de 1999, 14 de junio de 2001, 13 de julio de 2001 y por la SAP Sevilla de 27 de octubre de 1995.

(54) E. ARTUCH IRIBERRI, “La reforma del art. 11 de la Ley 36/1988: Disposición final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 201-213.

(55) Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 224.

abierto en España es necesaria la comparecencia del demandado con la finalidad de interponer la excepción.

Por su parte, el art. V.1.º CNY se refiere a la constitución del tribunal arbitral y al procedimiento de arbitraje conforme a la ley del país donde el arbitraje haya tenido lugar. Se trata de una vinculación a un orden formal y a una ley de procedimiento que es producto de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. El corolario de todo ello es que el arbitraje implica, por definición, la exclusión de la potestad jurisdiccional de los tribunales estatales. No obstante, tanto desde la perspectiva que afirma que el poder del árbitro emana de una transferencia de dicha potestad o desde la perspectiva puramente contractualista, el arbitraje sigue reclamando un importante apoyo de la autoridad judicial (56). Por eso, al margen del desarrollo cada vez más relevante de los denominados “arbitrajes anacionales”, se sigue hablando en el lenguaje común de la existencia de “la autoridad judicial de apoyo” al arbitraje (57) que se regula en los tres primeros párrafos del art. 8 LA/2003. Dicho precepto establece que la competencia de los órganos jurisdiccionales para las funciones de apoyo al arbitraje: “1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección. 2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. 3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente 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 pre-

(56) B. OPPETIT, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel”, *Rev. arb.*, 1977, pp. 315 ss.

(57) A. PANCHAUD, “La siége de l’arbitrage international de droit privé”, *Rev. arb.*, 1966, pp. 3.

visto en el art. 724 LEC”. Bien entendido que la referencia a los Juzgados de Primera Instancia se entiende hecha a los Juzgados de lo Mercantil cuando el arbitraje afecte a materias atribuidas a estos últimos de acuerdo con el art. 86, ter, ap. 2.º LOPJ reformada por la LO 8/2003, de 9 de julio para la reforma concursal y modificada por la LO 20/2003, de 23 de diciembre (58).

14. La cuestión de la eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales, queda caracterizada de la siguiente manera: el conjunto de elementos y condiciones que deben concurrir en él para que la competencia de los tribunales se considere derogada (59). Fuera de las concretas pugnas que se puedan establecer entre las partes al respecto, la cuestión así planteada es de una enorme relevancia. No debe perderse de vista que las jurisdicciones estatales son “naturalmente” competentes para conocer en todos aquellos casos para los que su ordenamiento les atribuye competencia judicial internacional. Sobre este volumen competencial, similar al concepto de jurisdicción (60), actúa el convenio arbitral, detrayendo concretos asuntos del conocimiento de los tribunales nacionales. Para ello, los ordenamientos nacionales, sin excepción, exigen la concurrencia de dos circunstancias: primera, que la controversia verse sobre materia arbitrable y, segunda, que las partes estén de acuerdo en someter esa contro-

(58) F. VALBUENA GONZÁLEZ, “La intervención de los juzgados de lo mercantil en materia de arbitraje”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 618, 2004, pp. 1-7; S. BARONA VILAR, “Art. 8: Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 263-270. Detrás de esta materia existe un fuerte controversia entre los procesalistas españoles como evidencia el trabajo de I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Tribunales de Justicia*, 2002, n.º 8-9, pp. 1-10.

(59) M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 219 ss.

(60) *Vid.* la delimitación de conceptos en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, pp. 79 ss.

versia al juicio de árbitros. Con estas dos condiciones, la competencia judicial internacional de los tribunales estatales disminuye en tanto que nace, de manera directamente proporcional, la competencia arbitral (61). Pero no olvidemos el punto de partida: los árbitros son competentes, por efecto del convenio arbitral, en asuntos atribuidos “naturalmente” a una jurisdicción nacional, no importa cuál sea. Esto implica que, en los casos en que una de las partes se niegue a poner en marcha el convenio arbitral pactado y presente demanda ante una jurisdicción estatal, ésta debe declararse incompetente por razones fundadas: el principio de legalidad y la prohibición de denegación de justicia lo exigen. En este caso, el principio de legalidad comporta que el tribunal nacional deba examinar la causa de su incompetencia de acuerdo a las normas que en su ordenamiento hacen eficaz al arbitraje (62). Por su parte, la prohibición de denegación de justicia exige asegurar que los árbitros tendrán una competencia suficiente y correcta para decidir el asunto. Significa todo ello, que instado el tribunal estatal por una de las partes, su declaración de incompetencia debe ser reglada y causal; en definitiva, que se va a valorar la validez y eficacia del convenio arbitral.

La eficacia del convenio arbitral ha quedado asegurada en el ATS 30 de enero de 1986 que, aplicando el CG de 1961, consideró que existía un acuerdo arbitral por el hecho de que el demandado mantenía una dilatada relación contractual con la demandante y que, por tanto “conocía las condiciones generales bajo las cuales operaba y que constantemente se consignan en la documentación

(61) Una lúcida crítica de la subordinación de la arbitrabilidad a las reglas de competencia judicial se encuentra en E. ARTUCH IRIBERRI, “La reforma del art. 11...”, *loc. cit.*, pp.201-213.

(62) Y no otras, por ejemplo, las destinadas a delimitar los supuestos de incompetencia porque el asunto corresponde a otros tribunales nacionales. La confusión entre las causas produce, como veremos, resultados muy negativos. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, “Comentario a la sentencia de 18 de febrero de 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 32, 1993, pp. 459-471, en el que se analizan las consecuencias de aplicar al convenio arbitral las normas sobre acuerdos de derogación de foro.

empleada” (63). La prevalencia del convenio arbitral sobre las actuaciones de las partes ante los Tribunales ha quedado asegurada por la STS 25 de octubre de 2005 para la cual “no existe sumisión tácita a los Tribunales, aún contestando y reconviniendo, si en el mismo escrito se plantea previamente la excepción, y se articulan *ad cautelam* (...), las otras peticiones de fondo, pues, no aceptar esto sería mermar los derechos de la parte, concertados con la contraria, causándole indefensión (art. 24.1.º CE), no produciéndose, respecto al mismo, la tutela judicial efectiva”. Y en la misma dirección el AAP Barcelona de 21 de julio de 1992 consideró que el hecho de haber solicitado y obtenido un embargo preventivo con ocasión de la presentación de la demanda “no supone la admisión por la demandada que ésta quedara sometida a la jurisdicción ordinaria”, pues la oposición al mismo no significa renuncia a la excepción 8.ª del art. 533” LEE/1881.

2. Necesidad de la colaboración de los Tribunales

15. En la tramitación del procedimiento arbitral las partes tienen derecho a intervenir en las pruebas y proponer las suyas, toda vez que dicho procedimiento no implica una voluntad de dejación de esos derechos, sino el sometimiento a una decisión que deberá dictarse “una vez las partes hayan explicado sus pretensiones, hayan podido probarlas o impugnar las contrarias y, en definitiva, no se haya producido indefensión” (64). Siendo esto así, la colaboración estatal es necesaria para el éxito del procedimiento arbitral y no debe existir contraposición alguna entre la esfera arbitral y la jurisdiccional, excepto cuando se de un mal uso de las garantías que ofrecen los tribunales, se intente desvirtuar cualquier cláusula que otorgue competencia a un árbitro o se practique una utilización del arbitraje que no responda a sus principios esencia-

(63) A.L. CALVO CARAVACA, “La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 131-136.

(64) SAP Sevilla de 18 de enero de 1993.

les. No puede extrañar que en los últimos tiempos se asista a una tendencia por parte de los legisladores internos a limitar la intervención del juez estatal en el arbitraje, de lo que constituyen buena muestra la Ley modelo Uncitral y la LA/2003. De acuerdo a esta tendencia la intervención del juez se considera siempre a título excepcional o residual justificándose en la medida que favorezca el propio arbitraje (65).

Tres son las interacciones posibles de una jurisdicción en el arbitraje, en curso o ya finalizado. En primer lugar, el juez nacional puede ser llamado a intervenir en apoyo del arbitraje, completando la competencia de los árbitros en cuestiones vedadas a sus posibilidades. En segundo lugar, el juez nacional retiene una competencia natural de control del laudo ya dictado y cuya utilización es dispositiva para las partes. Por último, en todo momento, el juez nacional puede encontrarse ante la necesidad de pronunciarse sobre su propia competencia, en los casos en que una de las partes, en incumplimiento del convenio arbitral pactado, interpone demanda judicial. En estos supuestos el juez nacional va a valorar la regularidad del arbitraje, aunque es cierto que en muy diferente medida pues es obvio que existen diferencias notables entre la adopción de una medida provisional, asociada a un arbitraje, la declaración de incompetencia, o la resolución de una acción de anulación (66).

Desde este punto de vista, el arbitraje en sí mismo, como institución jurídica, únicamente pretende la mejor resolución de controversias mercantiles que surjan entre los operadores del tráfico comercial internacional y en tal sentido, las relaciones entre arbitraje y jurisdicción estatal se ven marcadas por dos principios rectores. Por un lado, la eficacia del arbitraje como medio final y vinculante de resolución de controversias y, por otro, la seguridad

(65) J.D.M. LEW, "The Unification of the Law of International Commercial Arbitration", *Business Law Review*, n.º 145-146, 1984, p. 147.

(66) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n.º 15, 2004, pp. 17-49.

jurídica de los participantes y el respeto, en cada itinerario procesal, de sus derechos fundamentales, materializados en la regularidad formal y material del arbitraje. De la interacción de ambos principios resulta una realidad fundamental y es que no puede afirmarse que cada intervención del juez estatal en el arbitraje sea negativa, y por lo tanto deba ser limitada. No lo es, en general, la actividad del juez de apoyo y, en particular, por ser especialmente gráfica, la intervención del juez adoptando medidas cautelares. En todos los casos en que el juez denominado de apoyo interviene lo hace por haber sido solicitado por una de las partes o por el propio árbitro y su actividad tiende esencialmente a favorecer la eficacia del arbitraje. Por el contrario, cuando la intervención se produce desde el punto de vista del control judicial la idea rectora esencial se proyecta en la defensa de los derechos de las partes y un esencial respeto al orden público del Estado o Estados concernidos. La intervención tanto del juez de apoyo como del juez de control, por esta razón, debe ser enfocada de manera funcional y no sólo por las propias jurisdicciones estatales, sino también por los árbitros. Es uno de los puntos de partida esenciales para establecer las bases de una verdadera colaboración entre las instituciones.

16. Resulta también un lugar común considerar que la intervención del juez en el arbitraje se produce exclusivamente cuando a lo largo del procedimiento arbitral se ha generado una situación patológica; dicho en otros términos, considerar que el juez interviene solo en presencia del denominado “contencioso arbitral” (67): la intervención de control (68). Pero existe otra dimensión complementaria y no menos importante que deriva de la ausencia de *imperium* por parte del árbitro: se trata de las relaciones de apoyo judicial que implican precisamente un desarrollo

(67) Ph. FOUCHARD, “Le juge et l’arbitrage: Rapport général”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 416.

(68) Ph. FOUCHARD, “L’arbitrage judiciaire”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, p. 169.

notable de las particularidades de este especial procedimiento de arreglo de controversias. Las modernas legislaciones confieren al juez una serie de facultades que derivan, precisamente, de una puesta en marcha eficaz de la cláusula compromisoria y que se concretan en la denominada intervención *in favor arbitrii* muy distinta de la tradicional que implicaba una auténtica interferencia en el arbitraje. El juez se convierte de esta suerte, en un auténtico impulsor del procedimiento arbitral. La propia finalidad que justifica esta función implica que las decisiones adoptadas por el juez no deban ser susceptibles de recurso pues ello comportaría una dilación contraria al espíritu que la anima. Queda, pues, reservada la eventual oposición a la decisión adoptada por el juez en esta etapa para la correspondiente acción de anulación una vez pronunciada la sentencia arbitral y basada en motivos tales como el incumplimiento por el juez de los principios fundamentales del procedimiento o abuso de poder.

En esta segunda dimensión, intervención positiva, se percibe con nitidez la aproximación entre el arbitraje y la justicia estatal pues al constituir el primero una manifestación de la justicia privada, su realización plena precisa en muchas ocasiones el apoyo del juez para poner en marcha los denominados procesos arbitrales irregulares, para designar a los árbitros, para auxiliar en la fase probatoria o para acordar medidas provisionales... Estamos ante una dimensión del juez que puede calificarse sin ningún perjuicio de auxiliar a la justicia arbitral (69). Por eso los jueces nacionales no deben cuestionar ni interferir en las facultades reconocidas a los árbitros sino que, por el contrario, deben prestar ayuda a los estos últimos cuando así lo exija el desarrollo del procedimiento arbitral. Las modernas legislaciones establecen con claridad esta función y los jueces deben llevarla a cabo con diligencia por imperativo legal, pues nos hallamos ante de una intervención fundamental en su misión a favor de la realización de la justicia. El auxilio, sin embargo, puede registrar un inconveniente que debe

(69) J.-L. DELVOLVÉ, “L’intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1980, p. 616.

ser soslayado por el legislador en la medida de lo posible: prolongar hasta un tiempo totalmente injustificado el desarrollo del litigio, lo que entraña que la institución, basada en la rapidez, quede desvirtuada.

17. La generalidad de los sistemas jurídicos acostumbran a dispensar al juez la posibilidad de intervenir en todas las etapas de la constitución y del funcionamiento del Tribunal arbitral (70). En muchos ordenamientos respetuosos con el procedimiento arbitral el órgano público confiere eficacia real a las resoluciones dictadas por el árbitro dando facultades irrestrictas en materia resolutoria al árbitro, es decir, pueden resolver todo aquello que contribuya a la solución del litigio y todo cuanto las partes le hubieren sometido. Pero no tiene facultades ejecutivas y para emplear los medios de apremio deben ocurrir al juez ordinario; por esta razón, los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros y el árbitro y las partes litigantes deben aprovechar de esta asistencia con moderación y buena fe. Aquí se encuadran las facultades jurisdiccionales de las que el árbitro está privado: imposición de multas; medidas de apremio; correcciones disciplinarias; órdenes judiciales para la expedición de documentos; órdenes para que los peritos examinen documentos; órdenes para inscribir, anotar, cancelar o tildar en algún registro, algún derecho o alguna resolución provisional o definitiva del árbitro; órdenes para hacer publicaciones por medio de edictos; órdenes para embargos y otras clases de aseguramiento, fractura de cerraduras; uso de la fuerza pública para cualquier acto o diligencia, y cualquier otra facultad propia del juez. Para este efecto, en el momento en que lo requiera, sea para ejecutar el laudo o algún auto dictado durante el proceso, el árbitro deberá solicitarlo así al juez. No hay precepto que impida

(70) Arts.1684.1°, 1685 y 1687.1.° Code judicial belga; arts. 1026 a 1035 Código procesal holandés; arts. 1029.2°, 1031 y 1045 Código procesal alemán; arts. 179.2°, 180.3.° y 185 Ley suiza de DIPr; arts. 809.3.° y 815,2.° Code de procedimiento italiano... En los países del *common law* el juez desempeña igualmente un papel relevante en la materia.

al juez obstaculizar esta solicitud, y en cambio, sí tiene la obligación de hacerlo.

Estas interconexiones entre las actividades judiciales y arbitrales constituyen la realidad de nuestros días y son absolutamente imprescindibles para la buena marcha del arbitraje. Incluso se ha llegado a sostener la paradoja de que el arbitraje, cuya esencia descansa en la liberalización de la justicia estatal, necesita precisamente de ésta para su propio desarrollo. Y para ello nada mejor que una especialización de ésta última en el arbitraje. Por eso en los Estados donde se desarrolla con normalidad el arbitraje al margen de las funciones de asistencia ordinaria de los jueces a los árbitros existe una tendencia a la habilitación de salas especiales en los tribunales de apelación para entender de las acciones de anulación de los laudos arbitrales. Se garantiza así una jurisprudencia uniforme, imprescindible para la seguridad del tráfico mercantil internacional. La jurisprudencia francesa, en este sentido, es un perfecto ejemplo de la eficacia de tal posibilidad (71). De hecho, uno de los factores que más frecuentemente se retienen en la decisión acerca del lugar del arbitraje es, precisamente, la jurisprudencia y práctica de sus Tribunales respecto del arbitraje comercial internacional que se desarrolla en su territorio (72). Es obvio que el tratamiento que se dé a la acción de anulación del laudo depende en buena medida de un correcto entendimiento del alcance y límites de la institución arbitral, así como de las posibilidades de su control.

18. De la necesidad de clarificar cuanto antes las relaciones entre arbitraje y jurisdicción da buena muestra la práctica seguida

(71) Aunque sólo es un ejemplo de los muchos posibles, la *Cour d'appel* de París se refiere frecuentemente a su propia jurisprudencia anterior en materia de arbitraje y en las cuestiones más controvertidas. En sede de arbitrabilidad de controversias internacionales, Sent. de 23 de marzo de 1993, "*Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*", *Journ. dr. int.*, 1993, n.º 4 pp. 957-979, con nota de L. IDOT, pp. 979-989, en la que declara que la competencia de los árbitros acerca de su propia competencia es un principio general del sistema que debe recibir aplicación en todos los casos.

(72) *Vid. infra*, n.º 28.

en España al amparo de la anterior LA/1988: tres decisiones del Tribunal Supremo, en sede de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, pusieron en evidencia las perniciosas consecuencias que puede tener la incomunicación entre sistemas y el defectuoso entendimiento de sus relaciones (73). En todos los supuestos planteados, el laudo arbitral dictado fuera de España se encontró ante un obstáculo insalvable para el reconocimiento, regulado por el CNY: la existencia de procedimiento pendiente en España entre las mismas partes. Del análisis de los fallos se deduce básicamente una idea: la jurisdicción nacional, incoada por una de las partes, y sin haber recaído declaración de incompetencia firme, prevalece sobre el laudo arbitral ya dictado y a consecuencia de un convenio arbitral válido. La gravedad de la situación venía acentuada por el hecho de que el Tribunal Supremo español consideró indiferente que la parte demandada se hubiera opuesto a la competencia judicial o se hubiera declarado en rebeldía y todo ello en vista de la única cuestión al parecer relevante: que la decisión judicial que pudiese recaer en el futuro fuese inconciliable con la arbitral. Es evidente que tal contradicción no es causa de rechazo del reconocimiento de laudos arbitrales de acuerdo al CNY, pues en el caso de que el convenio arbitral haya funcionado correctamente se presupone la incompetencia de los Tribunales nacionales.

La incomunicación entre sistemas y la negativa a reconocer efectos al convenio arbitral, sea por vía de excepción, sea por incomparecencia de la parte demandada posee consecuencias nefastas en la sede quizá más importante: la ejecución del laudo. Quiere ello decir, como se apuntaba más arriba, que las relaciones entre jurisdicción y arbitraje deben ser entendidas de manera global, e informadas por la finalidad última de facilitar la resolución de controversias. Nada se avanza facilitando los pasos procesales de un arbitraje si las jurisdicciones que actual o potencialmente entren en contacto con el laudo ya dictado se niegan a reconocer eficacia alguna a la decisión de los árbitros.

(73) SSTS de 1 de diciembre de 1998, de 19 de enero de 1999 y de 20 de junio de 2000. *Vid. infra*, n.º 60.

19. Sin embargo la situación descrita no puede considerarse generalizada y la práctica del arbitraje comercial evidencia una creciente cooperación entre jueces y árbitros (74), partiendo de que dicha colaboración abarca un número reducido de supuestos. Resulta un hecho innegable que la inmensa mayoría de los arbitrajes jamás entran en contacto con la jurisdicción, pues se desarrollan normalmente dentro de su ámbito propio de actuación. Pero para completar las insuficiencias que dicho ámbito puede entrañar la generalidad de las leyes de arbitraje contemplan una relación de complementariedad entre el árbitro y el juez. A este último le incumben, en efecto, una serie de tareas esenciales tanto activas como pasivas: colaborar en el cumplimiento del compromiso de arbitraje, determinar si el arbitraje no se solapa con las materias que el legislador reserva a sus tribunales ordinarios, asegurar la ejecución del laudo arbitral, y garantizar el cumplimiento del orden público en el desarrollo del arbitraje. Estamos ante una clara tendencia hacia la “judicialización” de la institución (75) que pone de relieve cómo el juez va ocupando progresivamente un papel relevante en el quehacer del árbitro siempre que su auxilio sea necesario.

El panorama comparado refleja, hoy por hoy, una división tajante entre dos modelos de relaciones juez-árbitro en presencia. Los sistemas anglosajones ofrecen marcadas diferencias respecto de los continentales en lo que respecta a la intervención del juez (76). Estos últimos se caracterizan por conferir a los árbitros y mayor ámbito de actuación y en facultarles ampliamente para decidir tanto sobre cuestiones de hecho como de Derecho; a partir de aquí no existe posibilidad de acudir al juez mientras se desarrolle el pro-

(74) O. GLOSSNER, “Sociological Aspects of International Commercial Arbitration”, *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, p. 148.

(75) B. OPPETIT, “Philosophie de l’arbitrage commercial international”, *Journ. dr. int.*, 1993, p. 818.

(76) La amplitud de los términos de la Sección 72 de la *Arbitration Act* de 1996 es ilustrativa de una meditada y extensa competencia de control de la jurisdicción inglesa sobre el arbitraje.

cedimiento arbitral solicitándole que resuelva acerca de cuestiones de Derecho. Por el contrario en los sistemas anglosajones se contempla la institución del *case stated* en virtud de la cual la decisión del juez debe ser aceptada con carácter obligatorio por el árbitro y se fundamenta en razones de seguridad jurídica por garantizar la unidad jurisprudencial entre las decisiones de los árbitros y las decisiones de los jueces. Esta práctica ha sido calificada, no sin razón, como uno de los mayores obstáculos a una verdadera armonización del arbitraje a escala mundial (77) y aunque su ámbito de aplicación tiende a reducirse en los últimos tiempos en los sistemas donde se ha gestado, reaparece en otros pertenecientes a otras familias jurídicas como *rara avis*.

3. Corolario del incremento del arbitraje administrado

20. En el desarrollo normal del arbitraje comercial las cuestiones derivadas de su ligadura estatal, esto es, las relativas a la sede del tribunal arbitral, a su nacionalidad o a su vinculación a las leyes de un país concreto tienden a minimizarse a medida que el arbitraje institucional o administrado va adquiriendo incremento. De ello es buen reflejo el art. 14 LA/2003 que faculta a las partes para “encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros” a Corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras y, en particular, el Tribunal de Defensa de la Competencia o a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Tales instituciones arbitrales “ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos” (78), siendo una situación ya contemplada por la LA/1988 y que fue recibida con gran calor por los círculos arbitrales españoles pues la preferencia del

(77) P. SANDERS, “L’intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)”, *Rev. arb.*, 1980, p. 238.

(78) Vid. F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

legislador hacia tal modalidad de arreglo de controversias tenía, entre otras numerosas ventajas incrementar las garantías de los particulares (79).

La apertura de España hacia el arbitraje institucional motivo la intervención jurisdiccional para establecer sus contornos. En efecto, desde esta última disposición, los servicios de arbitraje en nuestro país se han venido ofreciendo desde las Cámaras de Comercio (80) o Colegios de Abogados, es decir, desde Corporaciones de Derecho Público (81). El legislador entendió que para la designación de los árbitros y para la administración del proceso arbitral la actuación de estas entidades pactada libremente y sin coacción no debía ser causa de alarma social ni vulneraba el principio de la tutela judicial efectiva y esta situación fue corroborada por la SAP Madrid de 9 de abril de 2001, que rechazó un acción de anulación planteado en base a la nulidad del convenio arbitral por considerar que la institución administradora del arbitraje era una sociedad mercantil. La Audiencia Provincial tras examinar el convenio arbitral que nombró a la entidad como administradora del arbitraje desestimó las pretensiones del recurrente "... dado que se trata de una estipulación válida conforme al principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 Cc, en la medida que no es contraria a las leyes, a la moral ni al orden público, ni más concretamente se aprecia que infrinja el art. 10.1.º de la Ley de Arbitraje por lo que, resultando vinculante para las partes contratantes la

(79) B.M.^a CREMADES, "España estrena nueva Ley...", *loc. cit.*, p. 16; J. DÍEZ-CLAVERO, "Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 627, 1995, pp. 550 ss; E. VERDERA Y TUELSS, "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, 1996, pp. 482 ss.

(81) El art. 10.1.º LA/2003 hablaba de "Asociaciones sin ánimo de lucro y Corporaciones de Derecho Público".

(80) T. MORATO, "Administración y gestión de un arbitraje: experiencia cameral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000-2001, pp. 301-315; J.L. ROCA AYMAR, "El arbitraje en las Cámaras de comercio: nuevas tendencias y campos de actuación", *ibid.*, vol. XVII, 2002, pp. 305-312.

cláusula de sumisión, por imperio del art. 1091 Cc”. La actuación de las entidades administradoras está sometida a responsabilidad y en los arbitrajes encomendados a una institución de este tipo “el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros” (art. 21.1.º LA/2001) (82). Asimismo los Tribunales de Justicia están habilitados al resolver de la acción de anulación respecto de cualquier vicio del consentimiento en la designación de los árbitros por la institución administradora (83).

21. El apoyo prestado al Tribunal arbitral por las instituciones administradoras del arbitraje, señaladamente en la fase de designación de los árbitros, y la existencia de normas de procedimiento cada vez más completas, reduce de manera considerable la labor de intervención de los jueces. En efecto, uno de los principales objetivos del arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* (84) consiste en la asistencia que presta la organización arbitral tanto a las partes como al tribunal arbitral. La existencia de un Reglamento arbitral, puesto a la disposición de los operadores en el procedimiento, la posibilidad de servirse de una serie de servicios instrumentales y, sobre todo, la intervención decisiva en el nombramiento de los árbitros reduce el tradicional recurso a los tribunales de justicia (85). Y, paralelamente, aumenta el protagonismo de las ins-

(82) B.M.^a CREMADES, “La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VI, 1990, pp. 9-25.

(83) La SAP Barcelona de 7 de julio de 1997 anuló un laudo tras haber comprobado que la institución arbitral que designó el árbitro tenía el mismo domicilio de una de las partes, amén de otras circunstancias que evidenciaban dicha vinculación.

(84) Vid. P. LALIVE, “Avantages et inconvénients de l’arbitrage *ad hoc*”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 301 ss; J. DÍEZ-CLAVERO, “El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 160, 1998, pp. 65-70.

(85) F. MUNNÉ CATARINA, *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Pamplona, 2002.

tituciones arbitrales a las que se remiten con mayor frecuencia las partes, sobre todo, en el arbitraje internacional. Por esta razón, la asistencia suministrada por la institución arbitral se convierte en equivalente y progresivamente sustitutoria de la realizada por el juez en el arbitraje *ad hoc* (86). El Reglamento arbitral debe, por descontado, estar en consonancia con las normas procesales españolas, caso contrario es factible que la totalidad de dicho Reglamento o alguno de sus preceptos pueda ser objeto de una acción declarativa de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda. La apuntada contrariedad puede, asimismo, ser alegada por vía de la acción de anulación y fundamentar la anulación de un laudo pero una decisión en tal sentido no tendría eficacia alguno sobre las reglas impugnadas (87).

A diferencia del arbitraje administrado el arbitraje *ad hoc* debe ser diseñado de principio a fin por las partes, desde el nombramiento del árbitro o árbitros, hasta la determinación de las normas procesales aplicables. Teniendo en cuenta que el procedimiento arbitral se impulsa desde lo previsto en el convenio arbitral, pacto de sumisión a arbitraje, es preciso, en esta modalidad arbitral, que aquel pacto haya sido cuidadosamente diseñado. Con ello se evita que, surgida la controversia, las partes sean incapaces de alcanzar los acuerdos necesarios y contenidos mínimos para iniciar, proseguir y terminar el procedimiento. Por eso el arbitraje institucional aventaja en seguridad al arbitraje *ad hoc*, pues el órgano administrador se encarga de suplir las posibles deficiencias aunque, eso sí, siempre con los límites de lo realmente querido por las partes. Ahora bien, el incremento del arbitraje institucional, al margen de determinadas experiencias muy concretas, no ha logrado de desplazar, ni mucho menos, la intervención del juez estatal. Es cierto que en la medida en que estas instituciones adquieren mayor consolidación y prestigio el juez se guarda mucho de interferir directamente

(86) C. ASFAR, *L'intervention du juge etatique dans l'arbitrage interne et international* (these), París, 1999, p. 130.

(87) F. MUNNÉ CATARINA, *La administración del arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 44-45. *Vid.* SAP Barcelona de 3 de marzo de 2000.

en sus actividades, sobre todo en lo que atañe a las funciones de organización del arbitraje. Pero también es cierto que las organizaciones de arbitraje no pueden actuar con total impunidad y las partes que se han sometido a las mismas deben contar con una serie de garantías tanto a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral como respecto al laudo final. Puede adelantarse, pues, que el arbitraje institucional reduce las relaciones de “apoyo judicial” y mantiene, aunque acaso con mayor moderación las relaciones de “control judicial”. Dicha moderación a veces puede convertirse en una casi ausencia de intervención judicial y esta circunstancia, que se predica en sistemas favorables a la institución arbitral, se suele considerar un aliciente de primer orden a la hora de elegir una determinada sede arbitral (88).

22. En el desarrollo del arbitraje debe distinguirse entre la función de los árbitros en el ejercicio de la actividad arbitral y a función de la institución organizadora del arbitraje. La intervención judicial contribuye a acentuar esta distinción en el sentido de que las actuaciones realizadas por la institución de arbitraje a través de sus distintos órganos en aplicación de su Reglamento se consideran meros actos de administración arbitral y no están sometidos a control judicial. Esta apreciación parte de que la vinculación de las partes a la institución arbitral deriva de un pacto contractual, que cierto sector doctrinal califica de contrato de mandato aunque resulta una cuestión poco pacífica de la que preferimos prescindir (89). Dicho sometimiento comporta la aceptación de las decisiones adoptadas por la institución arbitral que no tienen por qué estar motivadas. Desde el momento en que las partes han elegido resolver sus controversias futuras a través de un arbitraje administrado por una determinada institución arbitral el juez interno no cuenta con ninguna facultad para intervenir en las decisiones adoptadas por dicho centro que incidan en el desarrollo de un procedimiento arbitral.

(88) *Vid. infra* n.º 28.

(89) M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et inter*

A partir de aquí las decisiones adoptadas en este ámbito de actividad y relativas por ejemplo, al nombramiento o a la recusación de los árbitros o a la prórroga del plazo del arbitraje no son susceptibles de recurso jurisdiccional. Esta posición, que compartimos, ha sido impugnada por cierto sector doctrinal; en concreto, los partidarios de la dimensión jurisdiccional del arbitraje se oponen a otorgar el referido valor administrativo de los actos adoptados por las instituciones de arbitraje con directa repercusión en un arbitraje en curso. Consideradas estas decisiones como auténticos actos jurisdiccionales cabría la intervención del juez para controlar su alcance.

Sin embargo, la posición referida no tiene en cuenta la diferente naturaleza de las decisiones arbitrales respecto a los actos de impulso procesal adoptados por la institución administradora. En primer lugar, estos actos son meramente interlocutorios o de mera tramitación. No contienen una declaración de derechos subjetivos ni son constitutivas de una transformación de la realidad jurídica. Es el caso del conocido examen *prima facie* de la existencia de un convenio arbitral que se atribuye a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (90); en este supuesto, de acuerdo a la práctica de la propia institución, la Secretaría únicamente realiza un somero examen de la apariencia de existencia del convenio que fundamenta la competencia, pero bajo ningún concepto entra a valorar su validez o eficacia jurídicas. Hemos visto ya que la causa de que las decisiones arbitrales sean objeto de recurso jurisdiccional no es la integración de los árbitros en este orden, sino la capacidad del laudo par alterar derechos subjetivos y ser constitutivo de nuevas situaciones jurídicas. Este contenido de fondo, el que motiva que el laudo firme disponga de los caracteres de cosa juzgada formal y material, es el que reclama su recurribilidad, en orden a respetar la necesaria seguridad jurídica. Por el con-

(90) Cf. el análisis del supuesto en el Laudo CCI núm. 4504/1985, *Journ. dr. int.* 1986, p. 1118, en el que se subraya la expresión *prima facie* como caracterizadora de la naturaleza de este control previo. *national*, París, 1990, pp. 789 ss.

trario esto implica que toda decisión adoptada por un órgano administrativo sin capacidad de jurisdicción no es susceptible de recurso alguno ante las instancias estatales. Como quiera que no son decisiones de fondo, no alteran derechos subjetivos, ni pueden considerarse vinculantes ni recurribles. En este caso su caracterización meramente adjetiva es evidente.

23. La jurisprudencia interna discrimina claramente estos actos de los emanados del tribunal arbitral respecto de los cuales no tiene inconveniente alguno en ejercer el correspondiente control. Es evidente que si las medidas adoptadas por las instituciones de arbitraje fuesen consideradas como verdaderas sentencias arbitrales quedarían subordinadas a las condiciones establecidas para garantizar la regularidad del procedimiento, por ejemplo, el principio contradictorio o la obligación de motivar las sentencias y además serían susceptibles de poner en marcha los recursos establecidos para las sentencias arbitrales. Una solución de este tipo tendría la virtud de privar al arbitraje de gran parte de su eficacia (91) y de ampliar hasta límites insospechados las tácticas dilatorias o interesadas en bloquear el procedimiento arbitral. Y, también lo tendría la posibilidad de establecer un recurso extraordinario con la finalidad de que las decisiones de los órganos de la institución arbitral respeten las garantías mínimas exigidas en el procedimiento arbitral como las contenidas en el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos o en el art. 14 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos.

La situación descrita no comporta una total discrecionalidad o inmunidad de la institución arbitral quedando abiertos los mecanismos existentes en la generalidad de las leyes de arbitraje para depurar la responsabilidad contractual de la institución arbitral con relación a las partes que se han sometido a ella (92). Incluso, la posibilidad de plantear una responsabilidad extracontractual en los

(91) C. ASFAR, *L'intervention du juge etatique...*, *op. cit.*, pp. 139-142.

(92) B.M. CREMADES, "La responsabilidad de los árbitros...", *loc. cit.*, pp. 9-25.

casos en que medie culpa. Por eso la institución ha de prestar un celo constante en lo relativo a la conformidad las decisiones adoptadas con su propio reglamento y al cumplimiento exacto del mandato que le ha sido conferido por las partes. Desde esta perspectiva, ciertamente indirecta, es evidente que las actuaciones de la institución arbitral no escapan por completo del juez estatal y que éste puede intervenir cuando el reglamento coloque a las partes en una situación de indefensión tanto en lo que concierne a la constitución del tribunal arbitral como a la organización del procedimiento.

IV. ARBITRAJE INTERNO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. *Resultado de un tratamiento unitario*

24. Tradicionalmente se ha registrado una cierta tendencia hacia un tratamiento diferenciado de las relaciones entre el juez y el árbitro a partir del carácter interno o internacional, del arbitraje. En efecto, el interés de un Estado en someter el arbitraje a normas obligatorias y al control de los jueces ha sido más intenso en relación con los litigios de naturaleza estrictamente nacional, pero sin llegar a una situación totalmente diferenciada (93). La garantía de las normas internas de justicia procesal es un condicionamiento necesario para todo aquel sistema estatal que pretenda ser receptor de arbitrajes comerciales internacionales; y dichas normas incluyen por lo general la obligación por parte del árbitro de cumplir con diligencia su misión y ciertos controles para corregir tanto los errores como los excesos de autoridad en que éste puede incurrir. Por eso cada vez es más frecuente que el legislador interno se incline por reglamentar las relaciones entre los árbitros y los jueces sin tener en cuenta el eventual carácter internacional del arbitraje (94).

(93) C.M. SCHMITTHOFF, "The Jurisdiction on the Arbitrator", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 285-288.

(94) P. LALIVE, "Le juge et l'arbitrage: Les problemes spécifiques de l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1980, pp. 358.

Si se quiere, no se considera mayor competencia la ofrecida por un arbitraje internacional que la que registra el arbitraje interno. Debe tenerse en cuenta, en lo que concierne a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, que la LA/2003 se inscribe en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria de ambos aspectos (95), como una alternativa a una regulación dualista en la que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno. La regulación unitaria permite que, al margen de cuestiones muy específicas, el arbitraje interno y el internacional descanse en los mismos preceptos. Nuestro legislador ha optado así por regular ambas modalidades de arbitraje a partir de un texto, la ley modelo Uncitral, concebido preferentemente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos para el arbitraje interno. Ha seguido así el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.

La regulación unitaria deja, sin embargo, algunos cabos sueltos. Mientras en los arbitrajes “internos” es frecuente encontrar en las leyes de los Estados una reglamentación detallada de la asistencia del juez en las diversas etapas por las que discurre el arbitraje, cuando esta asistencia se proyecta hacia el arbitraje internacional aparecen numerosos vacíos legales que suelen producir una gran incertidumbre en el intérprete. Debe recordarse aquí que el carácter interno o internacional del arbitraje no depende ni de lugar en que se lleva a cabo, ni de la nacionalidad de las partes, ni del Derecho aplicable al fondo o al procedimiento ni, incluso, de la voluntad de las partes. Basta simplemente con que el negocio del que la controversia deriva implique desplazamiento de bienes, servicios o pagos a través de las fronteras. Es la definición, meditadamente amplia y

(95) Esta posición fue severamente criticada en su día por J.M. VULLIEMIN, “La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VI, 1990, pp. 57-79.

general que utiliza el art. 1 de la Ley modelo Uncitral, evitando la utilización de un criterio funcional de internacionalidad por encima de otros y centrándose, más bien, en la determinación material de qué sea una controversia comercial internacional.

2. *Internacionalidad del arbitraje*

25. Cuestión diferente es la consecuencia que se extraiga del juicio de internacionalidad. Evidentemente, la adopción del criterio material impide, por pura lógica, que el criterio territorial o de la sede tenga relevancia alguna en la determinación de la internacionalidad y, en consecuencia, de su régimen jurídico particularizado. La CNY es particularmente expresiva al respecto pues, aunque se declara (art. I) aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales dictados fuera del territorio del Estado en el que tal reconocimiento se solicita, por vía de excepción se aplica también a los laudos arbitrales que no se consideren “laudos nacionales” en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución. La Convención acoge por esta vía la existencia del arbitraje esencialmente internacional por su materia, con independencia del lugar en que se establezca la sede del tribunal arbitral y, señaladamente, en todos aquellos casos en que el arbitraje se desarrolla en el territorio de un Estado, pero sin poder ser considerado, por lo elementos en presencia, arbitraje puramente nacional o interno. La consideración de la internacionalidad del arbitraje no es un mero ejercicio retórico. Su consecuencia inmediata es la creación de normas específicas para este arbitraje, conectado con más de un Estado y cuyos participantes son operadores del comercio internacional. Se crea con ello un marco legislativo altamente dispositivo, en el que las partes pueden pactar qué procedimiento arbitral se llevará a cabo, institucional o *ad hoc*, de acuerdo a qué normas y en relación con qué derecho. En definitiva, se establece un espacio de actuación que acomode las necesidades de protección de las partes con las del tráfico comercial internacional. Los límites establecidos a esta posibilidad están en función de la concepción mantenida en cada Estado hacia las relaciones con el arbitraje. Lo que sí puede afirmarse es que, aun

con matices, la internacionalidad del supuesto supone una indudable remoción de obstáculos al desarrollo del arbitraje, de manera que el Derecho nacional no pueda suponer un inconveniente en su eficacia (96). Por su parte, la inexistencia o defectuoso entendimiento de este criterio, suele llevar aparejada la aplicación de criterios que no responden ni de la naturaleza de la institución, ni a su pertenencia al área del comercio internacional. Si son dudosos los pronunciamientos que hablan de la absoluta desvinculación del arbitraje respecto a cualquier ordenamiento nacional, lo cierto es que resultan claramente inadaptados todos aquellos que imponen la aplicación de las normas internas sea cual sea la controversia y su método de resolución.

Las legislaciones nacionales, con mayor o menor amplitud, han recogido la presencia de factores que indican la internacionalidad del asunto con la finalidad de crear un sistema especializado. De hecho, la propia Ley modelo Uncitral se declara aplicable a los arbitrajes internacionales que se lleven a cabo en el territorio del Estado que adopte la Ley, es decir, es norma especial para los arbitrajes internacionales respecto a los internos. Por su parte, el CG de 1961 establece que sus normas se aplicarán a los litigios nacidos o por nacer en operaciones del comercio internacional entre sociedades que tengan su sede social en Estados contratantes diferentes (art. I). El panorama legislativo comparado muestra una evolución similar y establece diferencias entre los arbitrajes absolutamente conectados con el Estado respecto a aquellos en que uno o varios factores muestran contactos con más ordenamientos. En esta posibilidad, no obstante, se detectan variantes importantes. En unos casos se requiere que un arbitraje no presente ningún contacto con

(96) Aunque técnicamente, pueda ponerse en entredicho la desvinculación del arbitraje respecto del Derecho estatal, la jurisprudencia francesa ha declarado este principio en varias ocasiones que culminaron, por su contundencia, en *Cour d'Appel* de Paris (1re Ch. Suppl.) 26 de marzo de 1991 y *Cour de Cassation* 20 de diciembre de 1993, "Comité populaire de la Municipalité de Khoms c. Dalico Constructions", *Rev. arb.* 1994.1, pp. 116 ss, nota de H. GAUDEMÉTALLON; *Journ. dr. int* 1994, pp. 494 ss, nota de E. GAILLARD y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663, nota de P. MAYER.

el Estado (97), en otros basta con que uno de los participantes en el arbitraje no tenga su residencia, domicilio o sede social no de operaciones en ese territorio (98) y, por fin, algunos se decantan por la combinación de criterios, como el lugar de ejecución del laudo que recaiga (99). Una definición puramente económica de la internacionalidad del asunto, en ausencia de criterios subsidiarios, puede encontrarse en el art. 1492 NCPC francés, en la que el elemento de extranjería se ubica en el litigio en todos los casos y nunca en el arbitraje en sí (100).

26. Nuestra LA/2003 no tiene nada que envidiar a las posiciones que buscan la desvinculación del arbitraje de un Estado determinado; baste atender a que el art. 3.1.º c) considera que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”. Se trata, como la propia exposición de motivos reafirma, de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Esta innovación de la Ley de 2003 ha sido bien acogida por la doctrina, pues el silencio de la ley anterior en la materia, y de la propia Ley de 1953, había dado lugar a soluciones judiciales, concernientes a arbitrajes internacionales celebrados en España, muy desafortunadas y criticadas en círculos jurídicos propios y foráneos.

(97) Reino Unido, arts. 3 y 4 *Arbitration Act* 1979.

(98) Ley belga de 27 de marzo de 1985, Ley Federal Suiza de 1987, Capítulo 12.

(99) Italia, ley de 5 de enero de 1994, de reforma del Código de procedimiento civil y que establece la internacionalidad del arbitraje bastando con que una de las partes no resida en Italia o bien que una parte esencial del laudo vaya a ser ejecutado en el extranjero (art. 832).

(100) Cf. el estudio completo al respecto de P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 63 ss.

En este contexto, la STS de 28 de marzo de 1994 tuvo la virtud de colocar en la picota a nuestro país como sede de arbitrajes internacionales. Dicha decisión viene referida a un laudo arbitral CCI dictado en Madrid en un litigio que oponía a una empresa española y a otra entidad sueca derivado de un contrato de cesión de patentes y de transferencia de tecnología. La sociedad sueca condenada obtuvo la anulación del laudo porque éste no había sido debidamente protocolizado y el Tribunal Supremo consideró que tan aspecto era necesario para su validez desconociendo no solamente la diferencia entre el Derecho aplicable a fondo y al procedimiento sino el ámbito de la autonomía de la voluntad de partes en la aceptación de las reglas de procedimiento establecidas en el Reglamento de la CCI en cuyo art. 11 de establecía que en caso de silencio se estaría a las reglas de procedimiento que las partes y en su defecto el árbitro determinen “con referencia o no a una ley procesal interna al arbitraje” (101). Debe tenerse en cuenta que esta exigencia era desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje del mundo. Por fortuna la LA/2003 suprimió el requisito del art. 33.2.º LA/1988 de la protocolización notarial del laudo. Este último es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido solicitada, preceda a la notificación.

3. *Inexistencia de foro del árbitro y relevancia de la sede del arbitraje*

27. En el arbitraje internacional no existe un orden jurídico que se imponga *prima facie* al árbitro; éste carece de foro, esto es,

(101) *Vid.*, por todos, las críticas de F. MANTILLA SERRANO, “Arbitraje internacional y protocolización del laudo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 179-186. El texto de la sentencia figura en la misma publicación, pp. 199-201.

de un orden jurídico al que esté directamente vinculado y que le exija el cumplimiento estricto de sus normas (102). Al carecer de *lex fori* los árbitros suelen actuar con extraordinaria prudencia en esta materia aunque no han de actuar de la misma manera que un juez estatal (103). Mas una cosa es la carencia de foro y otra muy distinta prescindir por completo de una referencia estatal: de una sede del arbitraje. Aquí se sitúa la polémica, tanto doctrinal como profesional, acerca de las bondades del arbitraje supranacional, es decir, del arbitraje sin referencia estatal (104); que no es otra cosa que una confrontación inacabada, vinculada a la paralela del “contrato sin ley” y que registra en los últimos tiempos avances notables favorecedores de la “anacionalidad” de los laudos arbitrales, pero que en un marco de mínima comparación de sistemas no puede ignorar que la sede del arbitraje aún ocupa un lugar relevante (105).

Dicha relevancia se evidencia en que el juez de la sede del arbitraje aplicará su propio Derecho procesal en la determinación del alcance de las intervenciones posibles respecto de un arbitraje, lo que atañe a cuestiones tales como el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo y todo lo relativo a la intervención y a la asistencia de los jueces en el procedimiento arbitral; asimismo el lugar del arbitraje

(102) B. GOLDMAN, “Les conflits de lois en matière d’arbitrage international”, *Recueil des cours*, t. 109 (1963-II), p. 367; E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres...”, *loc. cit.*, p. 298; J.A. PÉREZ BEVIÁ, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VI, 1990, p. 83.

(103) G.R. DELAUME, “L’arbitrage transnational et les tribunaux nationaux”, *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 535-538.

(104) *Vid.* C. FRAGISTAS, “Arbitrage étranger et arbitrage international”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1 ss.

(105) *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 35-78.

determina el Estado en que se considera que el laudo ha sido dictado, lo cual es importante al momento de solicitar su reconocimiento y ejecución en otro Estado. Desde esta especial perspectiva la existencia de una sede arbitral procura la defensa eficaz de los intereses de las partes y sus derechos, al posibilitar la existencia de un juez de apoyo y de medios de *parer au déni de justice* (106). Además, la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje. Dicha determinación entraña, en efecto, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional, el lugar en que se considera dictado el laudo y la arbitrabilidad de la materia.

28. Por lo general las partes hacen uso de su libertad para elegir la sede, sin embargo, en caso de que no lleguen a un acuerdo los Reglamentos de las Cortes de Arbitraje atribuyen al tribunal arbitral la determinación del lugar del arbitraje. Para ello se recomienda que escuche la opinión de las partes y considere las circunstancias del arbitraje, lo que incluye no sólo cuestiones prácticas, sino también las consecuencias legales, en especial las relativas al reconocimiento y a la ejecución del laudo. Las partes, el tribunal arbitral o la institución administradora del arbitraje (107), toman en

(106) A. PANCHAUD, “La siège de l’arbitrage international...”, *loc. cit.*, p. 7.

(107) Desde la perspectiva de la institución de arbitraje la utilización de criterios de selección tiene como finalidad garantizar el *favor arbitratis*. Por ejemplo, la CCI baraja cuatro criterios: de naturaleza jurídica: a) La Corte no fija la sede del arbitraje en ninguno de los Estados de los que provienen las partes del litigio. b) La Corte solamente fija la sede del arbitraje en un Estado que, por lo menos, haya ratificado el o adherido a la Convención de Nueva York de 1958. c) La Corte analiza, en la medida de lo posible, el Estado de la legislación del Estado en cuestión en materia de arbitraje para establecer hasta qué punto su normatividad puede ser calificada de “moderna” o “favorable al arbitraje”. d) La Corte observa, también en la medida de lo posible, la actitud de los Tribunales nacionales del Estado en cuestión frente a la institución jurídica del arbitraje.

cuenta una serie de aspectos de la plaza elegida como sede como la adecuación de legislación sobre arbitraje a las exigencias internacionales para la tramitación eficaz del procedimiento, el grado de intervención y de colaboración en el procedimiento de arbitraje, que de acuerdo con la legislación local, tengan los jueces, los recursos que la ley local establezca en contra de los laudos arbitrales, la existencia de normas imperativas que podrían dar lugar a la nulidad del laudo, etc. No obstante, también existen Reglamentos de arbitraje que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, será la institución administradora quien determina el lugar del arbitraje. Esta disposición a menudo es criticada ya que el tribunal arbitral suele estar mejor informado sobre la controversia que la institución administradora, por lo que se considera más adecuado que el lugar del arbitraje sea determinado por el tribunal.

En definitiva la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje. Mas el lugar donde se desarrolla el arbitraje en ningún caso puede asimilarse al foro del árbitro. Las circunstancias que motivan tal elección y las consecuencias de ella son fundamentalmente dos: en primer término, la elección de la ley que va a regir el procedimiento arbitral con carácter subsidiario al establecido por las partes o, en su caso, por la institución administradora; en segundo término la determinación de la nacionalidad del arbitraje. En consecuencia la elección de la sede arbitral no confiere al árbitro una función jurisdiccional en el país seleccionado; pero sí determina cual va a ser la autoridad judicial de apoyo, esto es a la que habrá que acudir en caso de que así lo precise la buena marcha del procedimiento arbitral.

29. La existencia de un régimen de control específico para el laudo dictado en el arbitraje comercial internacional y la eventual disminución del nivel de control judicial constituyen sin lugar a dudas elementos esenciales para potenciar la existencia de arbitrajes en un país determinado. A partir de aquí existe una clara tendencia a la “búsqueda” del lugar del arbitraje en el sentido de que se sitúe en un Estado con una regulación que proporcione seguri-

dad y certidumbre. Las razones que justifican una actitud localizadora de este tipo pueden suelen un carácter estrictamente legal (108). De hecho las reformas legislativas en materia arbitral pretenden a través de acciones de este tipo aumentar el número de sedes de arbitraje al tiempo que los Estados en cuyo territorio de desarrollan normalmente arbitrajes internacionales cuidan de que sus normas mantengan un exquisito acomodo a esta política de atracción. Por eso y tras una larga tradición en tal sentido las reformas acometidas en Francia a partir de 1981 han convertido a este país en una sede muy importante para el arbitraje internacional siendo un elemento muy decisivo las correctas relaciones entre los jueces y los árbitros (109).

En general muchos países no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros. Es una opción lícita en cualquier ordenamiento, pero siempre que responda a la realidad. Los Estados no tienen por qué sumarse a la línea legislativa que se aprecia en Derecho comparado, ni establecer cánones maximalistas de internacionalidad o anacionalidad. Sin embargo, esta opción abierta a los legisladores nacionales no debe confundirse con la incorrecta aplicación de normas a causa de una actitud de desconfianza hacia el arbitraje. Si las bases de la institución están asentadas por la ratificación de instrumentos internacionales, no hay razón alguna, es obvio, para que al no obtener un adecuado cauce de tramitación se les ofrezca el adecuado cauce de aplicación. El caso español es particularmente revelador de esta realidad. En buena lógica, y desde la aplicación de las fuentes rectoras del arbitraje comercial, las relaciones entre éste y la jurisdicción nacional no debieran ser conflictivas. Desde la jurisprudencia, se han apreciado algunos retrocesos (110) de los

(108) Vid. M. STORME y F. DE LY (eds.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration Ghent, 30-31 may 1991*, Gante, 1992, p. 5.

(109) Y. DERAÏNS, "France as a Place for International Arbitration", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 112-114.

(110) El ATS de 1 de diciembre de 1998, demuestra que, pese a lo que diga la legislación aplicable, en el caso la CNY la interpretación de los Tribunales en

que damos cuenta en este estudio, pero la tendencia mayoritaria es razonablemente positiva al radicar la vía de entendimiento en una desdramatización de los efectos del arbitraje que pase por un ineludible reconocimiento de su necesaria base legal y permisividad estatal (111). La LA/2003 sin duda contribuirá a afianzar la institución arbitral en este marco de relaciones complejas.

30. Un buen número de Estados han acometido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional, con la finalidad de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución; con independencia de que este fenómeno, calificado incluso como *the competitive era*, encuentre límites en la liberalización de la legislación arbitral, la tendencia general es claramente internacionalista. Por otra parte, en los Estados que, como veíamos, optaron por una regulación dualista, no han cesado los impulsos jurisprudenciales al respecto. En ocasiones es el criterio de la relación del asunto con el comercio internacional, en otras prevalece el criterio subjetivo; y también a veces, la aplicación de estos mismos criterios impide apreciar carácter internacional en el asunto y son las normas internacionales quienes sufren la evicción. Tanto por la evolución experimentada en su jurisprudencia como por el peso específico de la institución arbitral en sus respectivos foros, son especialmente ilustrativos los casos del Reino Unido (112) y los Estados Unidos.

Desde la concreta perspectiva del control judicial del laudo la mayor libertad se reconduce a una limitación en cuanto a los medios de impugnación contra este instrumento; late en esta tendencia el objetivo jurídico del mínimo control. De hecho parece existir una relación inevitable entre el desarrollo del arbitraje internacional en un Estado y la flexibilización de lo que se entien-

una línea clara de confrontación entre jurisdicción y arbitraje lleva a resultados indeseables. Concretamente, a la ineficacia total de un laudo arbitral únicamente por su relación con un pleito abierto en España.

(111) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 152.

(112) R. VAN DELDEN, "English Commodity Arbitrators: a Foreigner Looking Around in London", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 95-110.

de por mínimo tolerable a efectos de control. El caso belga es paradigmático. Bélgica modificó su ley arbitral en 1985 reduciendo drásticamente el control del juez belga sobre los laudos dictados en Bélgica en los que concurrían determinadas circunstancias internacionales. La justificación última era potenciar la institución en Bélgica y convertir a este país en “un paraíso para el arbitraje comercial internacional” (113) sumando legislación arbitral al movimiento contemporáneo favorable al juicio de árbitros en el comercio internacional.

4. Extraterritorialidad del árbitro

31. Mientras que el juez se encuentra restringido por la competencia territorial y no puede actuar en numerosos casos, salvo cuando las partes expresamente se han sometido a su jurisdicción, el árbitro no tiene tal restricción porque las partes se someten a él siempre expresamente y porque así lo permite la ley. De este modo, siempre que exista contrato de compromiso o cláusula compromisoria en que se designe al árbitro, no habrá este problema. El segundo aspecto donde el juez está restringido territorialmente es el momento en el que, siendo competente para conocer un juicio, sus resoluciones, sean autos o sentencias, han de surtir efectos en un lugar distinto al de su territorio. Pensemos en todas aquellas diligencias de prueba que se tienen que desarrollar fuera de la jurisdicción del juez: testigos con domicilios fuera del lugar del juicio; archivos y registros ubicados en otra entidad federativa que habrán de expedir documentos a solicitud del juez; exhumaciones, etcétera. El juez no puede acudir al lugar del domicilio de los testigos a desahogar un interrogatorio, ni puede girar una orden judicial para que algún archivo le expida algún documento, sino que en todos estos casos habrá de expedir un exhorto al juez del domicilio en que las diligencias de prueba se han de llevar a cabo para que éste

(113) M. STORME, “Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration”, *Int. Bus. Lawyer*, 1986, pp. 294-295.

último, a su solicitud, realice las diligencias, siempre y cuando las encuentra ajustadas al derecho de su localidad. Sin embargo el árbitro tampoco tiene esta segunda restricción territorial, toda vez que puede desplazarse desde el lugar de su domicilio hasta el lugar en donde se encuentren los testigos y llevar a cabo el interrogatorio, puede asimismo, hacer inspecciones en lugares alejados de su domicilio, etc... Para pedir el auxilio del juez de un lugar distinto al de su domicilio, en cuanto a ejecución de autos o laudos, no necesita ocurrir al juez de su domicilio y pedirle que gire exhorto al del lugar en que ha de ejecutarse el auto o el laudo, sino que puede acudir directamente a éste último y solicitarle la práctica de algún acto. Bastará que las partes así lo pacten en el contrato del compromiso o en momento posterior.

Nos hallamos ante una de las grandes ventajas del arbitraje respecto al procedimiento judicial, donde los exhortos han sido y son causa de interminables juicios e instrumento de litigantes de mala fe. Gracias a que el compromiso hacia los árbitros admite pactar las reglas del procedimiento, estos exhortos no aparecen con tanta frecuencia sobre todo como consecuencia de la extraterritorialidad de la competencia del árbitro (114).

32. Las ventajas apuntadas encuentran sin embargo una barrera cuando la ausencia de *imperium* del árbitro le obligan a recurrir al juez (115). Ya se ha señalado que la elección de la sede arbitral no confiere al árbitro una función jurisdiccional en el país seleccionado, pero sí determina cual va a ser la autoridad judicial de apoyo (116); esto es a la autoridad a la que habrá que acudir en caso de que así lo precise la buena marcha del procedimiento arbitral. Por ello la elección de un determinado país para realizar el arbitraje implica más que una integración de un orden jurídico determinado una “inmersión” y que, como se señalaba más arri-

(114) E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres internationaux...”, *loc. cit.*, p. 299.

(115) *Vid.* Ch. JARROSSON, “Réflexions sur l’imperium”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 245-279.

(116) A. PANCHAUD, “La siége de l’arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 3.

ba, debe estar prevista en un principio. La ausencia de un foro arbitral condiciona decisivamente los poderes de los árbitros en la organización del procedimiento arbitral (117). En tanto que el juez interno esta sometido al principio *lex fori regit processum* el árbitro queda liberado de esta obligación. Y ello porque las partes tienen libertad para fijar las reglas aplicables al procedimiento arbitral y porque en ausencia de una previsión de este tipo el árbitro cuenta con una amplia iniciativa, tal como afirma el art. 4.3.º CG de 1961.

Esta solución se justifica, además, porque en ausencia de estipulaciones contractuales concretas acerca de las normas que deben regir el procedimiento arbitral ninguna *lex fori*, ni incluso aquélla donde se desarrolle el arbitraje, posee una vocación de aplicación con carácter subsidiario. Cosa distinta es que las partes se hayan remitido expresamente a las normas procesales de un país determinado. Y aquí es preciso recordar que la ley aplicable al procedimiento arbitral no debe nunca confundirse con la ley que rige el fondo de la controversia. En definitiva, la ausencia de foro arbitral confiere al procedimiento arbitral una marcada autonomía en orden al procedimiento respecto de las normas procesales de estatales (118). En esta línea no puede desconocerse que existe una tendencia para reforzar las facultades de los árbitros, su *imperium*, para resolver en materias tales como sobre su propia competencia, aclarándose si pueden o no dictar laudos parciales. Acerca de si los árbitros pueden alterar o reajustar obligaciones contractuales o cubrir algunas, hay una cierta corriente doctrinal que se expresa de manera afirmativa pero con limitaciones. Es evidente que en el caso del arbitraje administra-

(117) B. GOLDMAN, "Instance judiciaire et instance arbitrale internationale", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 220-221.

(118) Es de hecho una de las primeras y más frecuentes manifestaciones de la internacionalidad del arbitraje; en efecto, cuando lo es, las legislaciones nacionales en materia de procedimiento arbitral se declaran aplicables sólo a título subsidiario y nunca con carácter imperativo; *vid.* el panorama comparado en P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité d'arbitrage...*, *op. cit.* pp. 54-59.

do, las instituciones con reconocida trayectoria, tras un período experimental se han ido decantando hacia otorgar mayor *imperium* a los árbitros considerando que ello contribuye al prestigio de la institución.

Por último, no debe perderse de vista que el carácter internacional del asunto de fondo tiene la virtualidad de poder conectar el arbitraje con más de una jurisdicción nacional. Si la sede del arbitraje implica una determinación de un cierto juez de apoyo “natural”, no es éste el único que puede tener competencia en determinadas actuaciones. Ocurre así con la intervención en materia de adopción de medidas cautelares, en las que el juez competente será el del lugar en que deba adoptarse la medida, no necesariamente coincidente con la sede arbitral (119). Lo mismo ocurre con la práctica de determinadas pruebas, cuya realización en un territorio u otro nada tiene que ver con la sede arbitral (120) y sí con las actividades sustantivas de las partes relacionadas con el fondo de la controversia.

V. INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. Alcance de las medidas anti-proceso arbitral

33. Pese a los orígenes medievales de las órdenes judiciales (*injuctions*) de continuación de un procedimiento, sólo en los últimos veinte años su existencia y actividad ha sido patente para los juristas ajenos al *common law*. La institución está presente en el ámbito geográfico inglés y, fruto del crecimiento de las conexiones entre partes y procedimientos en el comercio internacional, se ha dado a conocer en Europa. Su incidencia en el desarrollo de los procedimientos y, en particular, su eficacia extraterritorial, han atraído sobre estas medidas la atención de los sectores de la jurisdicción y el arbitraje internacionales. Se trata de considerar la

(119) *Vid. infra*, n.º 42.

(120) *Vid. infra*, n.º 38.

actuación directa del juez en el desarrollo arbitraje comercial internacional desde la perspectiva de sus destinatarios, esto es, las partes o el tribunal arbitral. La doctrina continental ha dispensado a esta intervención judicial una acogida netamente negativa por considerarla “una intolerable intromisión en la justicia (y soberanía) extranjeras”. No debe obviarse que el caso del arbitraje es, de entrada, sensiblemente diferente, pues la orden de detención del procedimiento no se dirige a una jurisdicción estatal, sino a las partes o a los árbitros. De un lado, las *antisuit injunctions* pueden servir al mejor desarrollo del arbitraje en cuanto institución, impidiendo la continuación de un procedimiento judicial iniciado de mala fe; de otro, una medida de este tipo puede pretender paralizar un arbitraje, lo cual sitúa la discusión no en términos de soberanía jurisdiccional, sino de respeto al principio de competencia-competencia.

Este tipo de medidas pueden ser dirigidas por el juez a una de las partes en un convenio o procedimiento arbitral en dos direcciones. De un lado, prohibiendo a una de las partes la continuación de un procedimiento judicial iniciado en incumplimiento de un convenio arbitral previamente pactado y considerado válido por el juez; de otro, prohibiendo a una parte la continuación de un arbitraje defectuosamente constituido. Asimismo estas medidas pueden dirigirse a los árbitros, ordenando la detención del procedimiento arbitral (121).

En muchos sistemas las necesarias relaciones entre jueces y árbitros son susceptibles de desvirtuar el contenido mismo de la institución arbitral por la desconfianza que esta última provoca en los tribunales de los Estados. Existe todavía un lugar común que concibe al arbitraje como una institución totalmente dependiente del juez estatal lo cual es totalmente opuesto a las necesidades del

(121) *Vid.* un tratamiento más pormenorizado de esta cuestión en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. Measures Addressed to the Parties or the Arbitrators”, *IAI Series on International Arbitration n.º 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (E. GAILLARD, ed.), Nueva York-Berna, 2005, pp. 73-85.

comercio internacional. Muchos jueces no tienen, o no quieren tener, una posición clara de cuáles han de ser sus relaciones con el arbitraje. Y así todavía se dan casos en que, pese a la existencia de un convenio de arbitraje, si una parte presenta una demanda ante una jurisdicción estatal, ésta se dirige al tribunal arbitral prohibiéndole de forma perentoria que se abstenga de continuar el procedimiento (122), con absoluta indiferencia de la posición que los árbitros hayan tomado al respecto. Ciertamente cuando el lugar del arbitraje sea distinto del de la autoridad judicial es fácil para los árbitros desentenderse de tal requerimiento; mas si el lugar coincide la interferencia puede ser decisiva por resultar directamente vinculante. Dependiendo de las posibilidades que otorgue la legislación nacional de la jurisdicción interventora, lo cierto es que puede incluso obtenerse una paralización parcial del procedimiento arbitral, como ocurrió en el asunto “Caparo Group Ltd. c. Fagor Arrasate Soc. Coop” (123). En este caso, la demandada en arbitraje CCI solicitó del juez inglés que dictara orden de restricción de la competencia de los árbitros respecto a la personalidad jurídica de Caparo Group. La orden fue concedida después de un somero análisis de los datos en presencia, incluida la eficacia del convenio arbitral. En la práctica supuso la imposibilidad material de continuar el procedimiento arbitral respecto a la demandada y en aplicación de una auténtica medida anti-proceso. Y, en todo caso, si el lugar de ejecución del laudo coincide con el de esa agresiva jurisdicción, las posibilidades de eficacia del fallo alcanzado se diluyen (124). Esta situación, sin embargo, no podría producirse en España en función del contenido de la intervención judicial que se detalla en la LA/2003.

(122) Señaladamente en la órbita de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 (Sección 72), que permite al juez tomar medidas coercitivas respecto al arbitraje en curso.

(123) *Order* de 7 de agosto de 1998, *High Court of Justice, Commercial Court*, inédito.

(124) Y. DERAÏNS, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *Journ. dr. int.*, t. 120, 1999, p. 840.

2. *Intervención del juez en la actividad del árbitro*

34. La generalidad de los sistemas jurídicos confieren al juez estatal la posibilidad de intervenir durante todas las etapas del procedimiento arbitral y, señaladamente, en las fases de constitución y funcionamiento del tribunal arbitral y, por descontado, en la fase post-arbitral. Sentada esta regla no puede desconocerse que también existe una tendencia en ciertos sistemas en afirmar la “autonomía arbitral” y a la intervención del juez sólo con carácter excepcional, sobre todo a la hora de poner en marcha el arbitraje, cuando una de las partes pretende oponerse al mismo; con ello se eliminan, a través de un simple trámite, dilatadas controversias ante la jurisdicción (125). Como prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial, en todo aquello que no sea el impulso mismo de la institución. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales. Con este espíritu, la Ley modelo estableció la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer aspecto comprende el nombramiento (126), la recusación y terminación del mandato de los árbitros (arts. 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (art. 16) y la nulidad del laudo arbitral (art. 34). Estos casos se enumeran como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los arts. 11, 13 y 14, posiblemente

(125) F. RAMOS MÉNDEZ, “La nueva regulación del arbitraje en España”, *Arbitrajes y litigios fronterizos en un foro global*, Barcelona, 2005, pp. 17-18.

(126) La STS 30 de noviembre de 1990 declaró la nulidad de un laudo arbitral considerando que el juez había incurrido en un error “al considerarse facultado para proceder, por su propia iniciativa, al nombramiento de nuevo árbitro al entender que los específicamente designados por las partes en el contrato preliminar no se ajustaban a las condiciones que la Ley ordena para garantizar la ecuanimidad del laudo”.

te a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, Cámara de comercio, etc). Un segundo aspecto comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (art. 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (arts. 8 y 9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (arts. 35 y 36).

35. Al margen de los supuestos fijados en esos dos grupos, para todas las cuestiones reguladas por la Ley de arbitraje los Tribunales únicamente pueden intervenir en los casos expresamente previstos en la misma. Así lo declara en términos categóricos el art. 7 LA/2003 que, reproduciendo lo dispuesto en el art. 5 de la Ley modelo Uncitral, no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al operador jurídico que encontrará en la Ley de arbitraje todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Estamos ante un precepto que pretende garantizar la certeza y la seguridad jurídica, sobre todo, a los operadores jurídicos extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley. El carácter categórico del art. 7 LA/2003 no implica una visión adversa respecto de la intervención judicial y no impide ésta en aquéllas materias que no previstas en el mismo; esto es, establece que los tribunales estatales pueden intervenir únicamente en ciertos supuestos específicos.

La determinación del concreto tribunal o autoridad que debe desempeñar tales funciones lo fijará la concreta Ley de Arbitraje (127) con el propósito de conseguir tres objetivos: la unifica-

(127) M. KERR, "Arbitration and the Courts: the Uncitral Model Law", *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 1-24; G. HERMANN, "The Role of the Courts under

ción de la intervención judicial en el plano comparado, la identificación del tribunal competente para el operador jurídico extranjero sometido a un procedimiento arbitral y la especialización en cada país concreto de los jueces en estos menesteres. No han faltado críticas, sin embargo, a esta regulación pues la intervención judicial puede requerirla el propio *favor arbitrandum* y no encontrarse en los supuestos tasados en el art. 6 de la Ley Modelo Uncitral (128). De hecho, las legislaciones nacionales, de acuerdo a sus propios criterios configuran las intervenciones judiciales tanto desde el punto de vista de la remoción de obstáculos en el procedimiento arbitral, como de defensa de los derechos de las partes implicadas, en un último reducto de acceso a la justicia (129). La tensión entre los dos extremos da como resultado una legislación intervencionista o abstencionista.

3. Apoyo judicial en la realización de la prueba

36. La función del árbitro en la realización de la prueba ofrece ventajas e inconvenientes en relación con el procedimiento judicial. Ventajas, porque en el arbitraje no rige el principio de aportación de parte como en el procedimiento ordinario, sino que se faculta ampliamente al árbitro para que, por iniciativa propia, lleve a efecto las pruebas que estime pertinentes y sean admisibles en Derecho (130). Inconvenientes, porque debido a su ausencia de *imperium* puede encontrarse con obstáculos insalvables para la

the Uncitral Model Law Script”, *Contemporary Problems in International Arbitration* (J.D.M. Lew, éd.), Dordrecht, 1987, pp. 164 ss.

(128) C.A. ESPLUGUES y M. MCNERNY, “Aproximación a la nueva Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, p. 24.

(129) La citada Sección 72 *Arbitration Act* 1996 es toda una declaración de la concepción de esta normativa respecto del arbitraje, de los derechos de las partes implicadas y la posibilidad, presente siempre, de recurrir ante el juez nacional en cualquier fase del arbitraje.

(130) SAP Almería de 11 de mayo de 1992.

obtención de determinados documentos o para el requerimiento de los testigos (131); concretamente los árbitros no están capacitados para recibir el juramento de los testigos de forma similar a como hacen los jueces (132); tampoco pueden los árbitros obligar a una institución estatal a prestar determinado auxilio, por ejemplo, que se le faciliten la lista de traductores jurados, si así lo solicitan las partes, para asistir a los testigos o para traducir determinados documentos.

La circunstancia de que en el arbitraje puedan ser los llamados a resolver quienes, por su propia iniciativa, practiquen pruebas evidencia un aspecto que separa todavía más a la institución arbitral del proceso judicial. Dicha separación descansa en que el arbitraje es el producto de un acuerdo por el que las partes quieren, en definitiva, que la controversia que les enfrenta sea totalmente resuelta por los árbitros. Es una manifestación más de la interpretación “contractualista” del arbitraje, frente a la denominada “jurisdiccionalista”. En el proceso judicial, las partes se someten a las reglas del juego de la Ley, entre las cuales está la de que corre a cargo de cada contendiente el peso de proponer los medios con que intente acreditar sus alegaciones de hecho. Por el contrario en el arbitraje parece como si las partes se hubieran puesto de acuerdo en un objetivo mínimo (el de que los árbitros pongan fin a los conflictos derivados de una relación jurídica determinada), pero dejando en manos de éstos no sólo los aspectos formales del procedimiento, sino también los que van más allá (procedimiento en sentido amplio). Consecuencia de este planteamiento es, en esencia, el hecho de que los árbitros puedan determinar los extremos que ellos mismos deben resolver y que se traduce en una regla que otorga a los árbitros un instrumento precioso, toda vez que los éstos practicarán por su iniciativa las pruebas que estimen pertinentes, expresión que no puede entenderse en otro sentido que en el de utilización, por su propia deci-

(131) B. MOREAU, “L’intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et comparé”, *Rev. arb.*, 1978, p. 323.

(132) *Vid.* por ejemplo, art. 1461, párr. 2 NCPC.

sión, de los medios encaminados a crearse una convicción sobre el conflicto. No en vano en el seno de la Uncitral se puso de relieve que la intervención de los tribunales judiciales en la práctica de la pruebas en el proceso arbitral afectaba decisivamente a la propia institución arbitral y podía lugar a interferencias indeseables (133).

37. Las indiscutidas virtudes apuntadas no pueden, sin embargo, negar la realidad de las cosas: difícilmente pueden los árbitros obligar a las partes o a una parte, especialmente recalcitrante, a aportar una determinada prueba en contra de su voluntad (134). Por eso, con la finalidad de evitar un obstáculo de este tipo las leyes internas establecen un sistema de colaboración entre jueces y árbitros con la finalidad de la realización de las pruebas. Bien entendido que este auxilio sólo podrá ser solicitado para aquellas pruebas que los árbitros no puedan efectuar por sí mismos, consistentes en las que vienen referidas a los testigos que no quieren comparecer, a los organismos o entidades que no colaboran y, en general, a supuestos de oposición por parte de quienes tienen que intervenir, a cuyo fin, y para suplir la falta de *imperium* de los árbitros, se acude al juez, que está investido de dicha fuerza estatal o potestad coactiva. Las pruebas que los árbitros no pueden efectuar por sí mismos o directamente son aquellas para cuya puesta en práctica se requiere contar con la “potestad jurisdiccional” que sólo los órganos judiciales del Estado poseen, esto es, las que únicamente los jueces y tribunales pueden llevar a efecto haciendo uso de los medios o instrumentos ejecutivos de que disponen o por vía de la sanción penal. Las modernas legislaciones de arbitraje suelen imponer la prestación de auxilio a los juzgados para obtener los medios probatorios utilizando el *imperium*, la fuerza estatal, que a los árbitros no asiste (art. 8.2.º LA/2000). De otro modo la falta de potestad

(133) Doc. A/CN.9/233, *Ann. CNUDCI*, 1983, p. 63.

(134) E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres internationaux...”, *loc. cit.*, p. 307.

coactiva de los árbitros podría conducir a la ineficacia de su actuación, estableciendo el instrumento para suplir esa carencia. Estamos ante pruebas como las siguientes: obtención de una certificación que debe expedirse por la Administración pública (piénsese en la que deba librar la autoridad tributaria); dato o datos que haya de proporcionar una entidad bancaria o una compañía de seguros, por citar casos frecuentes; hipótesis en que sea necesaria la colaboración de la fuerza pública para llevar a cabo una reconstrucción de hechos, dentro de una inspección ocular; emisión de informe técnico por una Corporación profesional; expedición de copias autorizadas por parte de cualquier tipo de federativo; e incluso, sin ir más lejos, práctica de prueba testimonial si los llamados a declarar no compareciesen por la sola citación de los árbitros.

Una cuestión interesante se suscita cuando un juez deniega la práctica de prueba solicitada por los árbitros el auxilio judicial al amparo de las previsiones contenidas la correspondiente ley de arbitraje. Ello al margen, claro está, de que la no realización de práctica pudiera deberse a una incorrecta solicitud de auxilio judicial; por ejemplo, cuando en lugar de dirigirse al juez el presidente del tribunal arbitral, lo haga uno solo de los árbitros integrantes del colegio, distinto al presidente. Como quiera que las decisiones judiciales en esta materia no suelen ser susceptibles de recurso, cabe preguntarse por los supuestos de indefensión para la parte solicitante de la prueba. Se trata de la denegación de una prueba, debe insistirse en ello, considerada pertinente y admisible, y consiguientemente, admitida por el árbitro, que se convierte en impracticable por entender el juez a quien se solicitó el auxilio que la misma es “contraria a las leyes”.

38. La obtención extraterritorial de las pruebas vuelve a poner de manifiesto las insuficiencias de los mecanismos de auxilio internacional al estar centrados los instrumentos internacionales, como se ha señalado, en la dimensión judicial exclusivamente. Incluso se ha llegado a propiciar la renuncia a la colaboración del juez en este mecanismo en el arbitraje internacional. Y ello porque las partes suelen resolver estas cuestiones entre sí prefiriendo muchas veces

renunciar a la práctica extraterritorial de una prueba por las dificultades en presencia y porque puede dar lugar a una dilación excesiva del procedimiento (135).

La flexibilidad del arbitraje se extiende a la práctica de la prueba permitiendo que los árbitros se desplacen directamente a cualquier país para realizar una inspección ocular o para recibir el testimonio de los testigos. Por eso cuando se redacta el acta de misión, en los procedimientos arbitrales que incluyen este instrumento, es frecuente que en el momento de determinar el lugar del arbitraje se habilite a los árbitros para desplazarse al extranjero para practicar las pruebas que estimen pertinentes; y ello está previsto en la generalidad de los Reglamentos de las instituciones arbitrales. Con ello se evita el complejo mecanismo de las comisiones rogatorias previsto en instrumentos tales como la Convención de La Haya de 1970 o la Convención de Panamá de 1975 sobre obtención de pruebas en el extranjero (136), por más que éste pueda resultar mucho más económico; a lo habría que añadir los trámites relativos de solicitud del árbitro al juez del lugar del arbitraje para que éste ponga en marcha el sistema de cooperación internacional. Ahora bien el desplazamiento del árbitro al Estado donde la prueba deba practicarse no está exento de dificultades, pues tal posibilidad debe estar permitida en dicho Estado y, en caso contrario, la colaboración de este último en su realización puede ofrecer dificultades o simplemente puede ser directamente negada. Piénsese, por ejemplo, en un procedimiento arbitral que oponga a un inversor extranjero y a una empresa estatal y que el árbitro tenga que desplazarse del lugar del arbitraje al Estado de esta última empresa para realizar determinadas prácticas probatorias.

Por eso la codificación internacional no ha descartado seguir avanzando en la adopción de normas que permitan a los árbitros,

(135) Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents*, 15ème session, t. I, 1984, p. 115.

(136) Que al igual que la Convención sobre exhortos y cartas rogatorias de la misma fecha admite la posibilidad de extender el mecanismo de cooperación al arbitraje siempre que los Estados partes así lo declaren expresamente (art. 15).

o a las partes en el arbitraje, la obtención directa de las pruebas en el extranjero estableciendo mecanismos que obliguen al juez del Estado requerido a colaborar de forma decidida. Es cierto que la Uncitral descartó expresamente incluir tal posibilidad en la Ley modelo por considerar que en función del carácter unilateral del texto no podía establecerse un mecanismo eficaz de cooperación en la materia a lo que debían añadirse los inconvenientes de la necesaria aplicación del principio de reciprocidad en este sector. Indudablemente el marco adecuado para la elaboración de una futura Convención sobre pruebas en el extranjero en el marco de un procedimiento arbitral debería ser la propia Uncitral, aunque también se ha propugnado encomendar esta tarea a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a partir de la extensión de la Convención sobre pruebas de 1970 a este ámbito, pero una labor de este tipo se enfrenta con numerosas dificultades.

4. Medidas cautelares o precautorias

39. Aunque se registra una tendencia expansiva aún son muy pocos los países que reconocen a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares. El esquema utilizado es buscar el soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas cautelares. Este tema está relacionado con el debate acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y aún existen modelos estatales que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales estatales estando pendiente un procedimiento arbitral (137). No cabe duda que una de las manifestaciones más relevantes de la función de apoyo del juez atañe a las medidas cautelares que pueden ser dictadas a lo largo del procedimiento arbitral. Indudablemente estamos ante una competencia que se recono-

(137) E. VERDERA Y TUELLS, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 2005, pp. 92 ss.

ce al juez estatal en uso de su competencia jurisdiccional. El problema es si tal facultad puede atribuirse de forma exclusiva a los árbitros. Si el convenio arbitral confiere al árbitro la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida en orden a garantizar los derechos y las obligaciones de las partes a lo largo del procedimiento arbitral es porque las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad han decidido tal situación. Y esta situación se ve reforzada en el arbitraje administrado porque así lo establecen la generalidad de los Reglamentos de arbitraje. El problema es que ante la reticencia de una de las partes en el cumplimiento de la medida dictada por él árbitro, éste carece de potestad sancionadora. Es frecuente escuchar tópicos tales como que, ciertamente, el árbitro es titular de una “potestad teórica” para acordar la medida, pero por las especiales características que registra el procedimiento arbitral, está incapacitado para dictarla de manera eficaz (138).

Estamos ante una atribución de competencias a los árbitros que en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a los tribunales estatales para que adopten medidas de este tipo. Es importante, además, analizar la posibilidad de otorgar al árbitro, órgano decisor de la controversia a la que se asocia la medida precautoria, el poder para dictar su contenido y extensión. Con carácter previo a cualquier otra consideración, es necesario advertir que el estudio de esta cuestión no puede encuadrarse fuera del propio fundamento y fin de cada una de las instituciones.

40. La práctica arbitral y judicial demuestra que la tutela provisional y cautelar es precisamente uno de los supuestos frecuentes en que ha de recabarse el apoyo de los tribunales estatales, en virtud de las importantes limitaciones que gravan al arbitraje en la materia. La facultad de los árbitros de otorgar medidas provisionales es una posibilidad teórica, cuya materialización en la práctica depende de la voluntad expresada por las partes al respecto, ya sea

(138) Ph. OUKRAT, “L’arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale”, *DPCI*, t. 14, 1988, pp. 244-245.

directamente, ya sea por remisión a un reglamento arbitral o a la ley que resulte aplicable al arbitraje en defecto de toda indicación. Es una posibilidad limitada, como ponen de manifiesto, por ejemplo, el supuesto de que el tribunal arbitral no se encuentre formado cuando surge la necesidad de la medida o, en cualquier caso, el hecho de que un árbitro no puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida (139).

Las relaciones entre jueces y árbitros en el sector que estamos considerando han superado una larga etapa de reticencia que se traducía en diversos obstáculos procesales (140). Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la jurisprudencia española anterior a la LA/2003 que evidenció que el arbitraje ya era en nuestro país un método habitual de resolución de controversias; un método con el que era necesario, y más práctico, cooperar, lo que concluye en una normalización considerable de las relaciones entre las instituciones. Un importante precedente queda configurado por el AAP Cádiz de 12 de junio de 1992, que no tuvo inconveniente en conceder medidas provisionales aunque el arbitraje se desarrollara en el extranjero en aplicación del anteriormente citado art. 6.4.º CG; de acuerdo con la mencionada decisión “dada la meridiana claridad con que está redactado dicho precepto, sin que por lo tanto deban hacerse comentarios o interpretaciones sobre el mismo, se deduce de una forma evidente la posibilidad de que un Juez español pueda adoptar determinadas medidas cautelares, aunque el procedimiento arbitral se siga en otro país, en este caso en Suiza” (141). Y, a título de *obiter dicta*, resalta la decidida toma de partida acerca de la admisión de las medidas efectuada por el AAP Barcelona de 25 de noviembre de 1994, según el cual, “Este Tribunal se inclina (...) por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órga-

(139) Vid. A. REINER, “Les mesures provisoires et conservatoires et l’arbitrage international, notamment l’Arbitrage CCI”, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904.

(140) M. ORTELLS RAMOS, “Artículo 50”, *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, J. MONTERO AROCA, dir., Madrid, 1990, pp. 254-262.

(141) Nota de S. BARONA VILAR, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1992, pp. 224-230.

nos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988. En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje (...) de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (...) privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, el que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de derechos”.

Finalmente el AJPI n.º 69 de Madrid de 28 de junio de 1999 se planteó la posibilidad de ordenar una medida cautelar solicitada por la sociedad A, contra la sociedad B, medida que debía ser ejecutada en territorio español. Ambas sociedades habían concluido en 1991 sendos contratos de construcción por parte de la sociedad A de dos fábricas de procesado y envasado de pescado en Libia y, en relación a estos pactos, la empresa A ordenó las negociadas garantías a primera demanda al Banco Árabe Español con sede en Madrid, de las que resultaba beneficiaria la sociedad B. Las posibles controversias que surgieran de la ejecución de los contratos estaban referidas mediante la correspondiente cláusula a arbitraje ante la CCI en París. Al surgir las controversias entre las partes el arbitraje se puso en marcha mediante demanda de Sociedad A, la misma que actuaba como actora en la instancia de aseguramiento cautelar. En ese momento se apreció el riesgo de que la sociedad B intentase la ejecución de las garantías a primera demanda que, por su propia naturaleza, pueden ser hechas efectivas con independencia de la pendencia a arbitral o judicial. Por esta razón la sociedad A solicitó del juez que ordenase al Banco Árabe Español que no

abonase ningún importe a la sociedad B, petición de secuestro cautelar que fue acogida (142). Por otra parte, y desde un punto de vista técnico, la posibilidad de acceder a aseguramiento cautelar para los participantes en un arbitraje facilita en buena medida las cosas para el buen funcionamiento y término de la fase arbitral. Se desprende, pues, que debe terminarse con la posibilidad de que quien recurre al juez nacional para solicitar medidas provisionales, estando inmerso en un procedimiento arbitral, se encuentre asimilado al supuesto de sumisión tácita a los tribunales estatales.

41. En esta dirección el art. 722 LEC/2000, ha dado un importante paso respecto de la LA/1988 al prestar una atención expresa a las medidas cautelares en el procedimiento arbitral (143). Después de reconocer la competencia de los tribunales españoles para acordar medidas cautelares cuando existan procesos arbitrales que estén pendientes en España, esta disposición reconoce también la competencia de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares estando pendiente un proceso ante un tribunal extranjero o siguiéndose un arbitraje en un país extranjero, pudiendo solicitarlas quien acredite ser parte en los mismos. Bien entendido que esta regla establece dos limitaciones: la primera deriva de la remisión que efectúa a los Convenios internacionales; la segunda, de la limitación de la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares cuando exista una competencia exclusiva de nuestros tribunales para conocer del asunto principal. Si bien la aparición de este precepto supone un avance en la legislación española, lo cierto es que la regulación no ha llegado tan lejos como pudo esperarse. La limitación del arbitraje en materias consideradas competencia exclusiva no es ni correcta ni coherente con la práctica internacional; pero además, el límite se impone sólo

(142) Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, “La adopción de medidas provisionales por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1999, pp. 149-153.

(143) L.A. CUCARELLA GALIANA, “Arbitraje y tutela cautelar en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, n.º 12, diciembre de 2000, pp. 1267-1288.

a los arbitrajes que se desarrollen fuera del territorio español. Es otra muestra de las consecuencias que el criterio territorialista produce en el arbitraje: un asunto sustanciado en territorio español puede obtener auxilio cautelar; mas un caso idéntico, pero establecida la sede del arbitraje en el extranjero, no alcanzará el aseguramiento solicitado. Con independencia de otras consideraciones, baste con decir que esta situación confrontada con el arbitraje comercial internacional no es, sencillamente, lógica.

En cualquier caso el art. 23 LA/2003 confiere potestad a los árbitros para dictar medidas cautelares con arreglo a las siguientes previsiones: “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 laudos”.

42. Hasta ahora se ha estudiado el auxilio prestado por el juez estatal a solicitud de los árbitros pero dentro de un determinado ámbito territorial. Sin embargo el arbitraje internacional precisa con mucha frecuencia que la adopción de las medidas provisionales se practique en el extranjero. El problema es que en ausencia de una reglamentación convencional específica no puede exigirse a un juez extranjero una obligación de colaboración. Mas la ausencia de una obligación expresa en esta materia no impide que el tribunal arbitral o una de las partes se dirija a la autoridad judicial extranjera solicitando la adopción de las referidas medidas (144).

(144) La doctrina de algunos países contemplan tan posibilidad añadiendo que el juez nacional debe adoptar una medida de este tipo si esta es solicitada en el curso de un arbitraje desarrollado en el extranjero. *Vid.* para el sistema suizo P. LALIVE, F. POUDRET y J. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international...*, *op. cit.*, p. 368; F. GERHARD, “La compétence de juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales”, *SZIER/RSDIE*, 1999, pp. 97-141.

VI. CONTROL JURISDICCIONAL DEL LAUDO ARBITRAL

1. Alcance de los recursos jurisdiccionales contra el laudo arbitral

43. En principio, el laudo arbitral es irrecurrible, salvo que las partes hayan pactado lo contrario (145). Dicho carácter afecta por igual a los laudos dictados en equidad y a los pronunciados en Derecho; estamos ante una regulación de carácter unitario y la imposibilidad de controlar en fondo posee idéntico alcance en ambos casos: ni la apreciación y valoración de la prueba realizada por el árbitro ni su actuación procesal puede ser objeto del una revisión sustancial

No se considera recurso propiamente dicho la aclaración (art. 39 LA/2003) que se solicita al Tribunal arbitral en un periodo muy breve de tiempo tras la publicación del laudo (146) y que no puede ser objeto de variaciones esenciales, sean cuales fueren las circunstancias que motiven tal actitud modificatoria (147), pues los árbitros no pueden elaborar un nuevo laudo limitándose a perfeccionar el ya pronunciado. Además, los árbitros no están obli-

(145) La cuestión no fue pacífica en la doctrina española a raíz de la entrada en vigor de la LA/1988. *Vid.* M. ALBALADEJO, “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho; las normas debidas a aplicar”, *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 171-186; en contra L. MUÑOZ SABATÉ, “Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho”, *La Ley*, 1990, pp. 982-984.

(146) LA SAP Barcelona de 10 de marzo de 1992 estimó que “no es constitutivo de indefensión, el hecho de no haber accedido el árbitro que dictó el laudo a la aclaración del mismo”. Por su parte la STS 12 de julio de 1994 consideró que “una vez emitido el laudo, su contenido, fuera de los remedios impugnatorios prevenidos legalmente, no puede ser objeto de variaciones esenciales, pues éstas, por su propia índole, tendrían que ser materia de un nuevo laudo, es decir, que el emitido como consecuencia de la escritura de arbitraje, únicamente puede ser objeto de corrección o rectificación de errores o aclaración de conceptos que no afecten, desvirtuándoles, a puntos esenciales ya resueltos”.

(147) STS 12 de julio de 1994.

gados a resolver sobre lo solicitado en aclaración y su silencio ni invalida el laudo ni entraña la nulidad del mismo (148). Cosa distinta es que exista incongruencia entre el fallo del laudo y el contenido de la aclaración o, si se quiere, una inadecuación entre los pedimentos de las partes y lo resuelto en ambos actos. En caso de que el laudo aclaratorio se exceda del propio ámbito de la aclaración puede dar lugar a la admisión de una acción de anulación; acontece esto cuando se trate de suplir una omisión del laudo ya dictado (149).

Desde ciertos círculos pro-arbitrales se ha barajado incluso la idea de privar al laudo arbitral de cualquier tipo de injerencia judicial, limitando el órgano jurisdiccional a proceder a la ejecución del laudo. Mas tal idea no puede ser esgrimida con el mínimo rigor toda vez que la intervención de la autoridad jurisdiccional es fundamental para garantizar la seguridad del laudo; de ahí que se confiera a un órgano jurisdiccional la facultad de controlar *a posteriori* la actuación de los árbitros respecto de la regularidad procesal de la causa o, si se quiere, un control efectuado por autoridad jurisdiccional de la actuación de los árbitros *in procedendo*. Con independencia de su carácter excepcional o no excepcional, ningún sistema jurídico puede prescindir, en efecto, del referido control jurisdiccional contándose para ello con un cauce casi exclusivo: la acción de anulación que es el medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones. Constituye ésta una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces (150). Ahora bien, el papel de la jurisdicción ordinaria en su resolución queda limitado a emitir un juicio exter-

(148) SAP Madrid de 6 de octubre de 1997 y nota de S.B.V., *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1998, pp. 155-157.

(149) SAP Ourense de 7 de marzo de 2002. Vid. S. BARONA VILAR, “La aclaración del laudo arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVIII, 2003, pp. 248-252.

(150) R. MULLERAT, “La anulación del laudo arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 113-175.

no acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación de lo decidido por el árbitro. La acción de anulación, que en ciertos sistemas se configura como un auténtico recurso jurisdiccional da lugar a un juicio de control *a posteriori* sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales.

Las partes actúan bajo el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual es reconocido por el propio Estado cuando permite excluir del conocimiento de los tribunales ciertos casos que no revisten interés público derivándolos hacia los órganos incidentales de la función jurisdiccional. Ahora bien, cuando las resoluciones de aquéllos puedan causar perjuicios a los particulares en su persona, bienes y derechos, deben confirmarse por otro órgano jurisdiccional, pero éste dependiente del Poder Judicial lo cual se logra mediante la participación del juez civil ante quien se homologa el laudo arbitral con el fin de proceder a su ejecución. Dicha homologación supone un control de lo actuado por los árbitros, esto es, si éstos han actuado con fiel cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales legalmente establecidos, sin alteración del contenido del laudo. Con ello se intenta reparar por vía jurisdiccional los perjuicios que han podido sufrir las partes en el arbitraje en virtud de actuaciones o resoluciones arbitrales ilegales.

44. Habida cuenta que el laudo arbitral es título que motiva ejecución; es decir, una resolución con atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, cuya efectividad y realización quedan solamente al arbitrio del juez competente. Este último, no pueden modificarlo, sólo proveer los medios procesales necesarios a fin de concretar lo resuelto, toda vez que el árbitro no cuenta con potestad o *imperium*, atributo inherente a los órganos del Estado para hacerlo cumplir coercitivamente, amén de las consecuencias privativas que puede acarrear. Precisamen-

te, por constituirse en cosa juzgada (151), el juez civil provee su ejecución, verificando la existencia y el dictado en materia susceptible de arbitrarse, atento a que alguna de estas cuestiones se reserve al conocimiento de los tribunales en razón de su trascendencia para el interés público y social. Es decir, que excedan con mucho el ámbito del simple interés particular.

Es cierto que puede establecerse un procedimiento para que los particulares digan lo que es justo en relación con ciertas controversias que versen sobre materias de libre disposición de las partes, pero la función de ejecutar lo juzgado requiere inexorablemente la *potestas* del Estado a través de los órganos judiciales (152). Y son precisamente esos órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4.º LA/2003 establece que “Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881”. Y el art. 44 añade que “La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la LEC y en este Título”; en concreto rigen esta materia los arts. 517 ss LEC y el art. 45 LA/2003 que regula la suspensión, el sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo. La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción (153).

45. Con independencia de si la acción de anulación es o no un auténtico recurso, en función del ordenamiento jurídico ante

(151) La SAP Pontevedra de 6 de febrero de 1996 consideró que no podía considerarse cosa juzgada a los acuerdos transaccionales llevados a cabo ante los árbitros.

(152) J. CARRERAS, “Las fronteras del juez”, en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 111

(153) J.M.ª CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1991, p. 54.

el que nos situemos, comparte un elemento común con ésta figura procesal en el sentido de que solo es factible acudir a esta vía cuando el laudo arbitral sea definitivo, perdiendo tal virtualidad cuando devenga firme por el transcurso del tiempo. Pero debe quedar bien sentado que la acción de anulación no es en ningún caso una segunda instancia donde sean factibles cuestiones tales como la valoración de la prueba o la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, materias que son de la exclusiva competencia del árbitro. Y tampoco es posible en esta sede discutir la motivación o el mayor o menor acierto de los árbitros a la hora de elaborar el laudo siempre que se actuar no haya rebasado los límites del convenio arbitral. Es, simplemente, un instrumento judicial fiscalizador del cumplimiento de las garantías procesales que en modo alguno puede entrar en el fondo de las cuestiones resueltas por los árbitros (154); por eso su finalidad no es corregir las eventuales deficiencias que puede entrañar la decisión de los árbitros. Un examen del fondo por parte el órgano jurisdiccional, de la eventual justicia de la solución alcanzada por los árbitros, o del modo más o menos acertado de resolver la cuestión por ellos, desnaturalizaría la propia esencia de la institución arbitral.

Existe una tendencia hacia la distinción entre el ámbito jurisdiccional de la controversia y el ámbito arbitral, puesta de relieve en las maniobras tendentes a la impugnación de los laudos arbitrales a través de la jurisdicción ordinaria. Es cierto que las legislaciones suelen establecer causales muy similares dentro del único procedimiento jurisdiccional contra el laudo arbitral, que es el recurso de anulación, pero la determinación de su alcance es extraordinariamente variable en una visión comparada de la práctica que en ocasiones cuestionan el carácter de *numerus*

(154) M. MAYNÉS, “El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto”, *Actualidad Civil*, febrero de 2001, marginal 303 XII; J.L. GOÑI, “La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 103-111.

clausus de las causales de anulación legalmente previstas permitiendo una indeseable injerencia de los Tribunales estatales en su función controladora que debe tener un carácter de excepcionalidad.

46. En términos generales las modernas reglamentaciones suelen asimilar los laudos a las decisiones judiciales fijando al efecto una serie de recursos contra las sentencias arbitrales, con plazos diversos y con frecuencia dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico (155). Frente a esta situación la Ley modelo Uncitral ha tenido la virtud de mejorar esa situación de particularismo legislativo que es motivo de grave preocupación para quienes intervienen en el arbitraje comercial internacional. La primera medida de mejora consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate (156). La segunda medida de perfeccionamiento introducido por esta disposición es el establecimiento de una lista taxativa de motivos por los que el laudo puede ser anulado por el juez nacional. Siguiendo los favorables resultados de la práctica internacional la referida lista, que se incluye en el art. 36.1º, coincide esencialmente con la que figura el art. V CNY: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o éste no sea válido; que no se haya notificado a una de las partes la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, a la Ley modelo y que el objeto de la controversia no sea susceptible de

(155) *Vid.* en el sistema suizo J.F. POUURET, “Les voies de recours en matière d’arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale”, *Rev. arb.*, 1988, pp. 595-628.

(156) Sobre la limitación de recursos en el ordenamiento francés, P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage...*, *op. cit.* pp. 930 ss.

arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público, supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal (157). Este paralelismo de los motivos de nulidad con los establecidos en el art. V CNY para la denegación del reconocimiento y la ejecución ya se había adoptado en la CG de 1961; a tenor de su art. 9, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por un motivo distinto de los establecidos en su texto no constituirá una causa para denegar su ejecución, de acuerdo con lo previsto en el art. V CNY. La Ley modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad.

Pese a esta coincidencia existen algunas diferencias técnicas entre los motivos establecidos en la Ley modelo y en el art. V CNY, pues no debe olvidarse que este último texto está redactado para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate, por ejemplo el Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución. En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del art. V CNY y al ap. v) del inciso a) del párrafo 1) del art. 36 de la Ley modelo. La anulación, de esta suerte, tiene consecuencias frente a todos. En el arbitraje comercial internacional existe, además, una diferencia sustancial del contenido del control cuando se realiza en la sede de la anulación o cuando se realiza en la sede del reconocimiento: el juez en el primer caso posee una

(157) I. FADLALLAH, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 249, 1994-V, pp. 369-430

vocación de que su resolución sea susceptible de ejecución más allá de sus fronteras, en tanto que la función del juez del exequátur tiene un carácter estrictamente nacional (158).

2. *Ámbito de la acción de anulación en la LA/2003*

47. El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni en sede constitucional por ser el arbitraje un proceso especial ajeno a la jurisdicción ordinaria y por ello la acción de nulidad no transfiere a ésta la competencia originaria exclusiva propia de los árbitros: la función jurisdiccional declarativa queda fuera de la propia acción porque las partes decidieron voluntariamente prescindir de ella (159). No puede, en consecuencia, servir como fundamento de una acción de anulación las estimaciones de las partes contrarias a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión (160). Para conocer de la acción de anulación será competente, como hemos visto, la Audiencia Provincial del lugar donde el laudo fue dictado (art. 8.5.º LA/2003, que reproduce lo dispuesto en el art. 46.1.º LA/1988). Dicha precisión ha dado lugar a una de las decisiones más conocidas de la jurisprudencia española, el asunto “CESCE / Aresbank”, objeto de la SAP Valencia de 19 de febrero de 2003. En el caso se trataba de un arbitraje *ad hoc* que había fijado documentalmente su sede en Madrid pero el laudo resultante del mismo fue dictado en Valencia y protocolizado notarialmente en dicha ciudad. La Audiencia Provincial anuló el laudo considerando “que el lugar en el que se dictada el laudo no resulta irrelevante pues el mismo determina, no ya solo la competencia de la AD a los efectos del recurso de anulación (...), sino también la del JPI que ha de resolver” la ejecución forzosa del laudo, “circunstancias estas de

(158) V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 26 y 133-146.

(159) SAP Tarragona de 28 de enero de 2003.

(160) SAP Madrid de 9 de abril de 1997.

especial relevancia en el supuesto de autos en el que ambas partes litigantes tienen su domicilio en Madrid”. Contrasta esta decisión con otra del mismo órgano jurisdiccional, en concreto, el AAP Valencia de 30 de mayo de 2005 admitió un recurso promovido por una Asociación de Arbitraje contra una decisión de un juzgado de esta localidad que se declaró incompetente para ejecutar un laudo arbitral porque aunque éste se había firmado en Valencia el arbitraje había tenido lugar en Barcelona; debe dejarse constancia que la dualidad se justificaba en el ánimo de acercar y facilitar el ejercicio de las acciones oportunas al ejecutado a los efectos de no provocar indefensión, de conformidad con el art. 26 LA/2003.

En los sistemas que, como el español, han elegido el establecimiento de una única instancia de impugnación esta última se articula a partir de una serie de causales de carácter tasado (161). El control que el juez ejerce sobre el laudo arbitral en el recurso de anulación es, en realidad, una retrospectiva sobre la historia de un arbitraje. Cronológicamente, siguiendo el tenor del art. 41 LA/2003 la revisión comienza en el inicio mismo del proceso: el convenio arbitral y su puesta en marcha. Seguidamente, se aprecia la regularidad del nombramiento del tribunal arbitral y de las notificaciones de demanda y reconvenición, si la hubiere. A continuación, el interés se centra en la adecuación a los principios esenciales que deben regir, en todo caso, el procedimiento arbitral (162); señaladamente de los principios de igualdad (163), audien-

(161) *Vid.* una exposición general del sistema español anterior a la LA/2003 en R. HINOJOSA SEGOVIA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. Estudio jurisprudencial*, Madrid, 1991.

(162) A.M. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, 2000.

(163) La SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992 estimó que en el asunto considerado no se había observado la más mínima violación del principio de igualdad procesal, toda vez que se había respetado lo que tal principio establece, a saber “que las dos partes puedan utilizar los mismos medios de alegación o de oposición; que ambas puedan proponer las pruebas que crean puedan servir para justificar sus pretensiones y que el autor u el demandado puedan criticar y valorar las actuaciones practicadas”

cia (164) y contradicción (165) del procedimiento arbitral (art. 24), teniendo en cuenta que no toda infracción del procedimiento arbitral es susceptible de entrañar la anulación del laudo, sino únicamente aquella que implique contravención a los referidos principios (166). Posteriormente, la atención recae sobre el laudo arbitral ya dictado, que debe ser coherente con las peticiones planteadas (167) por las partes; firme en el sentido expuesto de no anulado ni recurrido (168) y no contrario al orden público

(164) La SAP Barcelona de 13 de marzo de 1992 anuló un laudo arbitral por resultar de las actuaciones arbitrales por no haberse concedido a las partes el trámite de audiencia que constituye uno de los principios fundamentales del procedimiento arbitral.

(165) Tampoco consideró la SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992 que las actuaciones arbitrales conculcaran el principio de contradicción entendido como “el derecho que cada persona tiene en el proceso de poder hacer alegaciones en contra de los hechos por la otra parte”, aunque reconoce que este derecho está mucho más desarrollado en el proceso jurisdiccional que en el arbitral.

(166) SAP Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1990.

(167) La STS 17 de julio de 1989 ha precisado al respecto que “la sustitución de la función jurisdiccional del Estado por la privada establecida por las partes que se someten a un arbitraje de equidad no puede quedar bloqueada o inutilizada por una interpretación restrictiva contraria a la lógica más razonable y a la propia iniciativa de las partes en la resolución efectiva de sus discrepancias, permitiendo al socaire de una infundada interpretación literal del compromiso el ejercicio de una acción de nulidad en la que lo que en realidad se combate es la fundamentación jurídica de la resolución arbitral de la que disiente la parte recurrente, sin que en el caso de autos pueda apreciarse extralimitación en los pronunciamientos concatenados de quien como resumen o concreción de sus razonamientos técnicos se limita a puntualizar y precisar, de acuerdo con las previsiones contenidas en el expositivo correspondiente de la escritura, operaciones aritméticas atribuyendo a las partes las pertinentes liquidaciones en evitación de futuras y artificiosas dudas que pudieran distorsionar o dilatar la deseada eficacia del laudo dictado, siendo compatible con esas cuantificaciones o resúmenes liquidatorios con que el árbitro concluye su laudo, lógicamente técnico y complejo, la inicial previsión del arbitraje de equidad pensado por las partes para el caso de tener que resolver ‘cuantas cuestiones puedan surgir de la interpretación y ejecución de este contrato’”.

(168) Es la perspectiva del art. 34 de la Ley modelo 34, que establece un control riguroso pero adaptado a la realidad del arbitraje como procedimiento.

(169). Por último el control se extiende a que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

En consecuencia la decisión última en relación con las pretensiones de las partes corre a cargo de un órgano estatal, celoso de preservar los elementos esenciales del foro de la anulación. Por eso las partes y los árbitros deben tener especial cuidado en la elección de la sede del arbitraje (170). No olvidemos que a lo largo del recurso se aplica la *lex loci arbitrii*, esto es, la ley de la sede donde se ha llevado a cabo el procedimiento arbitral que coincide con la competencia del juez que debe resolver el recurso. Sobre esta visión en fases del arbitraje, orbitan dos causales de nulidad de especial relevancia, por cuanto son apreciables de oficio por el juez: la arbitrabilidad de la diferencia y el orden público.

48. El ámbito propio en el que se desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde a la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los jueces y los magistrados y no sobre el propio juicio de árbitros que cuenta con una vía impugnatoria específica a través del acción de anulación, que en ningún caso debe ser considerada como una segunda instancia. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, tras cierta tendencia a entrar en la revi-

Vid. en general, A. Broches, *Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, 1990, pp. 234 ss.

(169) A partir del razonamiento general efectuado por la STC 43/1986, de 15 de abril en torno a la acción orden público en el exequátur de sentencias extranjeras, la SAP Madrid de 10 de abril de 1992 resume el con precisión el ámbito del orden público en este sector en el sentido de que sus perfiles “vienen definidos en nuestra norma fundamental, cuyo interprete máximo no puede ser otro que el Tribunal constitucional, con arreglo a cuyas declaraciones debemos entender que para que un laudo arbitral sea atentatorio al orden público, será preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución”. *Vid.* en el mismo sentido SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992.

(170) G. KAUFMANN-KOHLER, “Le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mundialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 517-536.

sión de fondo, ha ido confirmando esta tendencia rechazando que la acción de anulación presente semejanza alguna con el recurso de apelación (171) y aplicando restrictivamente las causales de la anulación (172). En la actualidad la anulación de un laudo arbitral se “configura como un medio de impugnación extraordinario, con motivos tasados de corte casacional restringido y *sui géneris*; y en el que el control jurisdiccional que pueda hacerse de la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material; pues los repetidos motivos no permiten al órgano jurisdiccional entrar a conocer del fondo del asunto, lo que es lógico dado que las partes prefirieron someter su contienda al juicio de los árbitros” (173). Sin embargo el laudo arbitral puede producir lesiones a la referida tutela como consecuencia de sus efectos de cosa juzgada, esto es, por la inexistencia de cauces procesales de impugnación que permitan modificar su contenido y, por tanto, no puede ser ajeno a la misma. La equivalencia jurisdiccional del arbitraje, al alcanzar las partes a partir de él objetivos similares que los que conseguirían

(171) Como puso de relieve la SAP Barcelona de 26 de enero de 1993, “Los recurrentes han pretendido con su recurso de nulidad, plantear un auténtico recurso de apelación, lo que escapa totalmente a la función jurisdiccional de este Tribunal... en el sentido de que no puede el Tribunal entrar en el estudio de las cuestiones sometidas a la decisión del árbitro, como ocurre en la apelación de una resolución judicial”. En el mismo sentido la SAP Madrid de 10 de diciembre de 1996 resolvió, ante el cuestionamiento de lo actuado por el árbitros, “que no nos encontramos ante un recurso de apelación ordinario en el que la Sala debe ver de nuevo la totalidad del asunto como si fuera el órgano de primera instancia y analizar la indebida aplicación de las normas jurídicas al caso concreto (...), sino por el contrario la posición de la Audiencia Provincial dentro del recurso de anulación del laudo se encuentra limitada a las causas de nulidad...”. *Vid.* nota de S.B.V. en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, pp. 216-218. *Vid.*, asimismo, SAP Granada de 25 de enero de 1999 y nota de S.B.V., *ibid.*, vol. XIV, 1999, pp. 164-166.

(172) S. BARONA VILLAR, “Introducción”, en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 41.

(173) SAP Madrid, Sección 25ª, de 26 de junio de 2005.

ante los tribunales de justicia, tiene sus límites en lo que la ley de cada país permite.

Cuando la parte renuente al arbitraje impugna la validez del convenio arbitral, como causa de anulación, está haciendo valer una cuestión más fáctica que jurídica, pues supone en la mayor parte de los casos una comprobación de la voluntad de las partes. Cuando la posible invalidez o ineficacia del convenio arbitral responde a otras causas, sustantivas o procesales, el interés se desplaza a la interposición de una excepción o a la arbitrabilidad de la controversia y en todos los pronunciamientos acerca de la arbitrabilidad de la controversia, los jueces nacionales tienen presente su propio Derecho nacional, esto es, están sancionando la regularidad de un arbitraje en su ordenamiento (174). Por su parte, las causas de anulación, que contemplan el correcto desarrollo del proceso, se centran sin excepción en una comprobación de regularidad formal que no plantea problemas propios del arbitraje y sí de otros sectores, ya estudiados, como las notificaciones. Esta afirmación es extensiva al control de orden público procesal. Únicamente el laudo arbitral, en cuanto decisión de fondo que afecta derechos subjetivos de las partes, encierra suficientes cuestiones jurídicas como para plantear problemas relevantes. En efecto, el contenido de la sentencia arbitral, es objeto de una revisión mucho más seria de lo que pudiera pensarse.

49. La intervención judicial de la acción de anulación del laudo no es otra cosa que una manifestación del ejercicio de control del arbitraje por la jurisdicción. Dicho control no se extiende al contenido del laudo, sino a la constatación de que este se ha dictado con regularidad y con la observancia de las prescripciones legales. Frente a otros sistemas más abiertos al control judicial en los denominados laudos interlocutorios la LA/2003 se ha inclinado por limitar al máximo la intervención de la jurisdicción, reservándose para la acción de anulación; y ello, a diferencia de lo que ocurre con el art. 13.3.º la Ley modelo Uncitral que prevé el recurso

(174) *Vid.* un elenco ilustrativo en M. REQUEJO ISIDRO, “Arbitrabilidad de la controversia...”, *loc. cit.*, 1995, pp. 43-87.

inmediato al juez, si el tribunal arbitral desestima una recusación esta decisión sólo podrá atacarse al impugnar el laudo definitivo (art. 18.3.º LA/2003) (175). Dicho en otros términos, la LA/2003 se ha inclinado decididamente por eliminar la posibilidad de admitir recursos judiciales contra las decisiones de los árbitros aunque existen algunas excepciones. En el caso de que la decisión de los árbitros sobre su propia competencia fuera desestimatoria de las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación contra dicha decisión no suspenderá el procedimiento arbitral (art. 22 LA/2003). Asimismo, 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 laudos” (art. 23.2.º LA/2003).

Al igual que la LA/1988 el art. 8.5.º LA/2003 determina que “Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado”. La práctica española se ha decantado por esta solución sacrificando en aras de la rapidez y de la accesibilidad la pérdida de la unidad jurisdiccional que representaría atribuir esta competencia al Tribunal Supremo o a los Tribunales Superiores de Justicia. Es cierto que el examen de las decisiones de las distintas Audiencias Provinciales registra una cierta diversidad en las soluciones y,

(175) La SAP Madrid de 17 de enero de 2003 es sumamente explícita al respecto: “La Ley de arbitraje [de 1988] no establece el procedimiento que ha de seguirse a la hora de sustanciar la recusación del arbitro, pudiendo inferirse del art. 18 que tal pretensión ha de formularse ante el propio órgano arbitral y que la decisión del mismo denegatoria de la pretensión es revisable por la Jurisdicción Ordinaria a través de la anulación del laudo. Ante este vacío y las referencias que el art. 12 hace a la LOPJ en cuanto a las causas de recusación, ha de entenderse aplicable a estos supuestos el primer inciso del art. 223 de la citada Ley en cuanto sienta el principio de que la recusación deberá de hacerse valer tan pronto se conozca la causa que la motive, lo que comporta el ejercicio de la inmediata opción, una vez conocida la existencia de causas de recusación”.

sobre todo, una diferencia de plazos verdaderamente significativa: desde seis meses para resolver una acción de anulación en algunas provincias a tres o cuatro años en la Audiencia Provincial de Madrid. Ambas situaciones han hecho alzar las voces a determinados operadores jurídicos reclamando la designación de Salas especiales en las Audiencias Provinciales para conseguir abreviar los plazos y conseguir una unidad de criterios y argumentando que tal solución existe en las plazas internacionales habituales del arbitraje como París. Una iniciativa que probablemente tendrá una realización concreta a medida que se desarrolle el arbitraje comercial en nuestro país.

50. La Ley no utiliza el término recurso porque considera que la referida acción pone en marcha un procedimiento *ex novo* cuyo resultado posee una clara eficacia jurisdiccional. Bien entendido que, como hemos reiterado, no se trata de una segunda instancia toda vez que la Audiencia Provincial no puede en modo alguno entrar a examinar en fondo del asunto objeto del juicio de árbitros. Dicho procedimiento viene determinado en el art. 42.1º: “La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal. No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el art. 399 LEC, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. De la demanda se dará traslado al demandado, para que conteste en el plazo de 20 días. En la contestación deberá el demandado proponer los medios de prueba de que intente valerse. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, se citará a las partes a la vista, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación”. Como ya hemos puesto de relieve, frente a la sentencia que se dicte no cabe recurso alguno (art. 42.2º).

Respecto a la imposibilidad de entrar a revisar en fondo del asunto por el juez de la anulación la jurisprudencia española ha manifestado una tendencia inequívoca al respecto pudiendo remontarnos a la STS 16 de febrero de 1983 que afirmó la improcedencia del “el recurso de nulidad contra laudo arbitral invocando

oscuridad en los términos, cuando ello es debido a las propias consideraciones e interpretaciones del recurrente, pues las causas de ese especial recurso son taxativas: extralimitación en el plazo de decisión *extra petita*” (176). También fue afirmado este criterio por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a la LA/1998, llegando la STC 43/1988, de 16 de marzo a anular parcialmente una Sentencia del Tribunal Supremo por haberse excedido en su función toda vez que el sistema de anulación de un laudo arbitral ni le atribuye jurisdicción de equidad, “no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo”; y al haber procedido, a partir de tal intromisión, a la imposición de una condena “en un procedimiento inadecuado, sin alegaciones pertinentes de las partes, con violación, por tanto, de los principios de audiencia y contradicción integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1.º CE”, a una infracción constitucional (177). Y esta tesis quedó reforzada, en relación con la supuesta indefensión por la imposibilidad de revisar el fondo del asunto por la jurisdicción ordinaria, por el ATC 231/1994, de 18 de julio que entendió que no era tal “porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada (...). Ciertamente que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a Laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del Laudo desde la perspectiva del Derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación (...), conceptualizar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público”.

(176) *Vid.*, asimismo SAP Madrid de 10 de diciembre de 1991 que refuerza considerablemente este razonamiento en su FJ 3º. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VIII, 1992, pp. 117-125.

(177) *Vid.* nota de F. RAMOS MÉNDEZ en *Justicia*, 1988, pp. 964-965.

VII. EXEQUÁTUR DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

1. *Primacía de los tratados internacionales*

51. El art. 46 LA/2003 tras reiterar la definición de laudo extranjero de la LA/1988, esto es, “el pronunciado fuera del territorio español”, soluciona, de una vez por todas, el eterno problema de la dualidad de regímenes existente hasta la fecha en nuestro ordenamiento, y en muchos otros, como consecuencia de la observancia del CNY de 1958. Debe recordarse que este último instrumento internacional posee para la mayor parte de los países que lo han suscrito (cerca de ciento cincuenta) y para España un carácter universal en el sentido de que se aplica a los laudos arbitrales procedentes de “todos” los países, con independencia de que éstos sean o no, a su vez, parte del Convenio. En efecto, con el objeto de asegurar el mayor número de Estados parte, su art. I.3° establece que “Todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente”. Los cauces previstos para tal declaración son el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión de la Convención (art. X.1°) y, en caso de que un país no la realice se entiende que acepta la aplicación de este instrumento con carácter *erga omnes*. Este extremo se añade a la inmensa participación de los Estados en la Convención y la plural procedencia de éstos. En definitiva, que en caso de no haber hecho la declaración resulta irrelevante para el Estado concernido, a los efectos de la aplicación de la Convención, que el país del demandante o el país donde se haya pronunciado el laudo no sean partes del mismo.

Debe tenerse presente, en este orden de ideas, que la declaración prevista en el art. I.3°, inciso primero, que suele ser calificada por la doctrina como “primera reserva”, sólo lo es en sentido lato; sin embargo no estamos ante una “reserva” en el sentido estricto al que se refiere el artículo 2.1°.d) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. En efecto, las reservas tienen como objeto modificar o excluir determinadas disposiciones de un trata-

do y pueden ser aceptadas u objetadas por los demás Estados parte. Por el contrario, en el presente caso no se trata de modificar o excluir disposición convencional alguna, sino de aplicar estrictamente las disposiciones del tratado que permiten distinguir *ratione personae*. La propia letra del precepto de la CNY la califica como “declaración”, sin que pueda ser objetada por los demás y sin que entren en juego las previsiones del art. 21 del Convenio de Viena (ni de sus correlativos arts. 19 a 23 del mismo). Dicho en otros términos, la declaración produce plenos efectos jurídicos al margen de la voluntad de los demás Estados contratantes, sin que éstos puedan oponerse, por ejemplo, a la entrada en vigor del Convenio. Esta conclusión viene avalada por la cláusula contenida en el art. XV.c) CNY, según la cual el Secretario General de las NU notificará a todos los Estados a que se refiere el art. VIII “las declaraciones y notificaciones relativas a los arts. I, X y XI”. Esto es, no incluye cláusula alguna respecto a las eventuales objeciones a las reservas ni a la tramitación formal de las mismas.

Una segunda “reserva” se admite en el texto comentado, la denominada “reserva comercial”, al disponerse que los Estados parte tienen también la facultad de reservar (art. 1.3º) la aplicación del Convenio “a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno”. Nuestro país tampoco hizo uso de esta facultad en el momento de incorporarse al Convenio en 1977 (178).

52. Como había sido reiterado por la doctrina la regulación de las causales para la homologación de los laudos arbitrales prevista en el art. V CNY hacía innecesaria una normación específica en la Ley de Arbitraje y, en concreto, la contenida en el art. 59 LA/1988 que, aunque coincidía en relación con las causas estimables de oficio por el juez de exequátur, presentaba diferencias notables en las

(178) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VII, 1991, pp. 9-29

causales alegables a instancia de parte o por el Ministerio Fiscal y, en todo caso, sin incorporar un régimen más favorable al exequátur que el establecido en el CNY (179). De ahí que haya sido un acierto introducir una técnica de incorporación por referencia (180) en la materia que nos ocupa. A ello responde en tenor del art. 46.2.º LA: “El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

Este último apartado tiene en cuenta la variedad de tratados internacionales que regulan el arbitraje comercial y, más en concreto, en el sector del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros lo obliga a realizar unas consideraciones en torno a la identificación del concreto régimen convencional a una solución concreta. Para ello deben distinguirse distintas situaciones en presencia tomando como punto de partida el instrumento de base: la CNY de 1958. La primera hace alusión a la eficacia derogatoria de la CNY respecto de Convenciones anteriores, en concreto al Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje y a la Convención de Ginebra de 1927, sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; la segunda se refiere a la interacción existente entre dicho instrumento respecto de los Convenios bilaterales suscritos por España en la materia, tanto con anterioridad como con posterioridad al Convenio.

(179) C. ESPLUGUES MOTA, “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 143-170.

(180) Sobre esta cuestión *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial”, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los Jueces españoles, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, n.º 1, pp. 59-158.

Desde el momento de la entrada en vigor el CNY de 1958 dejó de surtir efectos entre los Estados contratantes el régimen ginebrino (art. VII.2.º) y por tanto su empleo, aunque esporádico, por nosotros no tiene razón de ser. La interacción entre el CNY y otros instrumentos convencionales se regula en el art. VII.1º al entender éste que las disposiciones del Convenio no afectarán la validez de los acuerdos “multilaterales y bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiese tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación a los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. Lo dispuesto en este precepto se enmarca dentro de la regla de la “eficacia máxima”, en virtud de la cual, en caso de discrepancia entre lo dispuesto en distintos Convenios, la preferencia corresponde a aquel que posea unos presupuestos de reconocimiento y de ejecución más liberales o a aquel que incluya un procedimiento más simplificado (181).

2. *Órgano competente para el exequátur y cuestiones procesales*

53. El art. III CNY deja a los Estados parte establecer las reglas procesales que estime oportunas para establecer el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros y de conceder “su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el terri-

(181) En la construcción de esta regla ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la norma general relativa a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia contenida en el art. 30 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. *Vid.* las consideraciones generales sobre el mismo de F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, vol. I, París, 1976, pp. 401-426; en particular, por lo que respecta a la materia que examinamos, *vid.* A. REMIRO BROTONS, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 184, 1984, pp. 272 ss.

torio donde la sentencia sea invocada”. Con posterioridad a la reforma que desembocó en la LA/2003 la cuestión del órgano que debería encargarse de realizar el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros no estuvo ajena a la polémica. Es cierto que el legislador despojó tal función al Tribunal Supremo, lo que era un clamor en la doctrina y en la práctica (182), pero la indicación de la Exposición de Motivos de la LA/2003 de que “para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de —como hasta ahora— a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad”, no quedó plasmada en el texto articulado. Por el contrario, el art. 8.6.º no se decidió a tomar partido al establecer que “Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. Ello evidencia la precipitación con la que se hizo la Ley de arbitraje de 2003, última de la anterior Legislatura, que no se caracterizó por su buen hacer de técnica legislativa, y a que la Ley debía aprobarse por encima de todo. El texto del art. 8.6.º se debió a la aceptación de una enmienda del Senado que no tuvo en cuenta que afectaba directamente al texto de la exposición de motivos. Hubo de completar el vacío con la reforma del art. 85 LOPJ que realizó la LO 19/2003, de 23 de diciembre para tener una respuesta sobre el órgano competente en materia de exequátur, que no recayó en la Audiencia Provincial, sino en los Juzgados de Primera Instancia “a no ser que con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal”. Dicha reforma aprovechó en la letra c) de su Disposición Derogatoria única para modificar el art. 958 LEC/1881, aunque se olvidó de modificar el art. 955 que también hacía referencia al Tri-

(182) De acuerdo con la Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre elaborada por la Corte Española de Arbitraje: “El reconocimiento y la ejecución de los laudos se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal de Primera Instancia del lugar donde deba efectuarse el cumplimiento”. *Vid.* la nota de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y E. ARTUCH IRIBERRI, en *Revista de la*

bunal Supremo, lo que hizo, por fin, una Ley de acompañamiento a la Ley de presupuesto: la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (183). Pese a la odisea legal, ya contamos una reglamentación concreta de nueva factura, reconocida por la jurisprudencia (184), que inaugura una nueva etapa del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros que está en consonancia con el régimen de reconocimiento de sentencias procedentes del denominado Espacio Judicial Europeo, que ya figuraba en algunos Convenios bilaterales (185) como en el Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil o comercial de 19 de noviembre de 1896 (186) o el Convenio Entre España e Israel, de 30 de mayo de 1989, y que, sin duda, reducirá los plazos en la resolución de este procedimiento homologador pero que deja abierta la incertidumbre de las futuras soluciones en una materia muy consolidada por una jurisprudencia casi centenaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

54. De acuerdo con el art. III, los Estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y concederán su ejecución “de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde sea invocada”, aunque los presupuestos del reconocimiento se regularán de acuerdo con los art. IV y V. Los procedimientos son variados y de ello nos ocuparemos más adelante.

(183) *Vid.* las vicisitudes del precepto en C. ESPLUGUES MOTA, en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 304-305.

(184) SAP Asturias de 31 de marzo de 2005.

(185) M.^a V. CUARTERO RUBIO, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los Convenios bilaterales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1996, pp. 29-52.

(186) *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Los Juzgados de Primera Instancia ante el exequátur de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 53-65; *id.*, nota al AJPI de Betanzos de 28 de julio de 1981, *ibid.*, pp. 194-198. *Vid.*, entre otros, ATS de 29 de junio de 1990 y nota de M. DESANTES REAL, *ibid.*, vol. VI, 1990, pp. 226-229.

El sistema que introduce el art. IV establece como únicos requisitos que se exigen la presentación, “junto con la demanda” de exequátur, de una mínima documentación, eventualmente traducida. En la aplicación de dicho precepto, y con el fin de verificar la concurrencia del requisito impuesto al actor de aportar, junto con la demanda, el original o copia auténtica del acuerdo a que se refiere el art. II CNY de 1958, interpretado, en su caso, a la luz del art. 1.2.^a CG de 1961, el Tribunal Supremo ha realizado una labor importante respecto a la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la cláusula compromisoria o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial (187). Existe una “presunción de corrección” de la sentencia arbitral y corresponde a la parte demandada demostrar la irregularidad de la misma (188). Se invierte, en definitiva, la carga de la prueba y se elimina de este ámbito el control *ex officio iudicis*. Por otra parte, el momento procesal oportuno es, en principio, el momento de presentación de la demanda. La documentación que debe adjuntarse no es otra que el original, o copia debidamente autenticada, de dos instrumentos: la sentencia arbitral y el convenio arbitral a que se refiere el art. II del Convenio.

La sentencia arbitral debe observar, de un lado, la regularidad formal en origen y, de otro, la regularidad formal requerida en el

(187) AATS 17 de febrero de 1998, ATS 7 de julio de 1998, ATS 6 de octubre de 1998, ATS 1 de diciembre de 1998, ATS 29 de febrero de 2000, ATS 28 de noviembre de 2000, ATS 26 de febrero de 2002 y ATS 14 de enero de 2003.

(188) El ATS 16 de abril de 1996 rechazó el exequátur de un laudo arbitral por no haber acreditado suficientemente el peticionario la existencia de un convenio arbitral como exige el art. IV.1.º b) CNY. Asimismo los AATS 17 de febrero de 1998, 7 de julio de 1998, 26 de mayo de 1998, 29 de septiembre de 1998, 1 de abril de 2003 y 26 de octubre de 2004 denegaron la homologación porque la parte solicitante no consiguió aportar el documento acreditativo del acuerdo arbitral en la forma descrita en el art. II.2.º CNY.

país de ejecución. La primera de estas manifestaciones ofrece ciertas peculiaridades al alterarse el régimen de ejecución de sentencias judiciales extranjeras de muchos sistemas estatales que exigían el control de los requisitos necesarios de la decisión en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, o según la legislación del país donde haya sido dictada, por lo que chocan con el carácter “anacional” que la CNY pretende otorgar al arbitraje. Tal circunstancia amplía el “ámbito de discrecionalidad de la autoridad competente” (189). En efecto, en el exequátur de sentencias judiciales el control del juez de la ordenación procesal extranjera, que determina los requisitos de autenticidad, ofrece menos dificultades que la indagación de la regularidad formal de los procedimientos realizados en los numerosos Centros de arbitraje existentes. La razón estriba no ya en el obligado estudio de los Reglamentos de estos Centros, sino en que los mismos suelen dejar la solución de las eventuales lagunas en manos de los árbitros, evitando en la medida de lo posible la referencia a la legislación de un Estado. Por citar algún ejemplo, el art. 15 del Reglamento de arbitraje de la CCI de 1998 dispone que el procedimiento del Tribunal arbitral se regirá por dicho Reglamento y “en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal arbitral determinen ya sea con referencia a no a un Derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”. Es cierto, pues, que los árbitros tienen amplia libertad para soslayar los Derechos procesales nacionales, pero ello no se extiende a las normas procesales del Estado donde se realiza en arbitraje, que tienen un carácter imperativo toda vez que en muchos países su violación sirve como argumento a los Tribunales estatales para anular el laudo cuando se les presenta el correspondiente recurso (190):

(189) A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, p. 209.

(190) Y. DERAIS y E.A. SCHWARTZ, *El nuevo Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio internacional*, México, 2001, p. 260.

La segunda manifestación, esto es, el control de la legalidad formal requerida en el país de la ejecución, se somete, en principio, al régimen general del exequátur de las sentencias judiciales extranjeras. En concreto, los documentos referidos en el art. IV.1º CNY han de cumplimentar el trámite de la legalización. Esta materia está presidida por normas de origen convencional, fundamentalmente por el Convenio de La Haya de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961, y ello en función del nutrido grupo de Estados con sedes de arbitraje comercial internacional que se han incorporado al mismo. El procedimiento más sencillo para cumplir con lo dispuesto en el art. IV.1º CNY es incorporar la sentencia arbitral a un acta notarial y luego “apostillar” la misma siguiendo los trámites del Convenio de La Haya de 1961. Ahora bien, el carácter general de este último instrumento no impide la aplicación de Convenios bilaterales que contengan disposiciones menos rigurosas en la materia. Al margen del régimen convencional, debe de estarse a las normas comunes acerca de la legalización de los documentos extranjeros.

55. Por lo que se refiere a la aportación del convenio arbitral debe recordarse que uno de los aspectos más relevantes del ámbito de aplicación de la CNY es el relativo a la forma del acuerdo arbitral (191). A tenor de su art. I.1º, los Estados contratantes se obligan a reconocer el “acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas dife-

(191) *Vid.*, con carácter general, P. BIANCHINI, “La clausola compromissoria nell’arbitrato internazionale e la Convenzione di New York del 10 giugno 1958”, *Giustizia civile*, 1981,1, pp. 2334-2336; M. LÓPEZ GONZALO, “Criteri di valutazione delle clausole compromissorie per arbitrato estero nella Convenzione di New York del 1958”, *Dir. mar.*, vol. 84, 1982, pp. 655 ss; *id.*, “Osservazioni sulla disciplina delle clausole compromissorie per arbitrato stero nella Convenzione di New York del 1958”, *Dir. mar.*, vol. 87, 1985, pp. 160 ss; M. MARESCA, “Forma della clausola compromissoria secondo l’art. II della Convenzione di New York del 1958 e connessione in materia di arbitrato commerciale internazionale”, *Dir. mar.*, vol. 84, 1982, pp. 392 ss.

rencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. De esta suerte la validez formal del acuerdo arbitral como requisito esencial para que se produzca el reconocimiento del laudo, desaparece como pieza esencial del sistema (régimen ginebrino). El art. II.2° entiende por “acuerdo por escrito”, la “cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

Si los documentos previstos en el art. IV.1° CNY no están redactados en el idioma oficial del país en el que se invoca la sentencia arbitral, “la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos”. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular (art. IV.2°). El general admite la posibilidad de traducción privada, aunque posibilita su impugnación por el demandado “dentro del tercer día”, siendo menester acudir a la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial.

3. *Causales de denegación del reconocimiento*

56. El carácter innovador del art. IV CNY respecto del sistema establecido en Ginebra en 1927 tiene un fiel reflejo en su art. V. En él se enumeran las causas en virtud de las cuales puede denegarse el exequátur, pero dividiendo éstas en dos grupos: en primer lugar, aquellas causas que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte, y las que debe apreciar de oficio el juez del exequátur. Las que se incluyen en esta segunda rúbrica admiten también su alegación por la parte y, en tal caso, corresponde a esta última la carga de la prueba. El protagonismo del n.º 1 del art. V corresponde a la “parte contra la cual es invocada” la sentencia arbitral, frente a lo que ocurre en el art. IV, que es la “parte que pida el reconocimiento y la ejecución”. Verificado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en el art. V, que poseen un carácter de *numerus clausus*, el tribunal debe reconocer

la autoridad de cosa juzgada a la sentencia arbitral y, en consecuencia, proceder a su ejecución. Como puede observarse, la consecuencia fundamental del precepto es la improcedencia de la revisión del fondo de la sentencia arbitral. Debe recordarse aquí que la regla de base del sistema establecido por el CNY es la admisión apriorística de la corrección de la sentencia arbitral.

El convenio distingue entre causas aplicables a instancia de parte y causas aplicables de oficio. Las primeras, de acuerdo con el art. V.1.º, son cinco: a) inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral; b) garantía de los derechos de las partes; c) incongruencia entre el contenido de la sentencia y el del acuerdo arbitral; d) irregularidad en la constitución del Tribunal arbitral o en el procedimiento; e) carácter no obligatorio de la sentencia.

57. El art. V. 1º.a) establece como motivo de denegación si se prueba que “las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”. Estamos ante dos problemas distintos: la capacidad de las partes del acuerdo arbitral y la validez del referido acuerdo. En cualquier caso, el inciso que examinamos del art. V. 1º CNY no es otra cosa que una norma de conflicto de carácter incompleto, por lo que el juez del exequátur deberá precisar la conexión aplicable en cada caso concreto en una materia tradicional en el enfrentamiento entre la ley nacional y la ley del domicilio. Íntimamente vinculado al tema de la capacidad está el de la representación, al que no se alude en el Convenio de 1958 por contra de lo que sucedía en el Convenio de Ginebra de 1927 [art. 2.1.ºb)]. El silencio debe ser llenado acudiendo a las normas de conflicto del foro.

El control de los aspectos sustanciales del convenio arbitral se incluyen también en el art. V.1.º a), no existiendo obstáculo a partir del mismo para que el contrato principal y el referido convenio se sometan a leyes distintas y, en caso de nulidad del primero, sus efectos no se extienden al segundo. La cuestión ha sido polémica en la doctrina pero la práctica arbitral ha dado una respuesta con-

tundente a este tema. Resulta ilustrativa al respecto el Laudo CCI n.º 5485, de 18 de agosto de 1987. Ante una controversia que oponía a una empresa de las islas Bermudas y a una otra española se entendió que la autonomía de la cláusula de arbitraje debe reconocerse en el arbitraje comercial internacional (192).

El art. V.1º.b) CNY establece la posibilidad de denegación del reconocimiento cuando se pruebe que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha

(192) De acuerdo con el Tribunal: “La autonomía de la cláusula compromisoria ha sido reconocida desde antiguo como un principio general del arbitraje comercial internacional, desde el punto de vista del conflicto de leyes [la ley aplicable a la cláusula compromisoria puede ser diferente de la ley aplicable al contrato; *vid.*, por ejemplo, art. V.1º.a) de la CNY de 1958, art. VI.2º.c) del Convenio de Ginebra de 1961, el laudo de la CCI en el caso n.º 4131 de 1982 o el laudo provisional de la CCI de 23 de septiembre de 1982 en el caso “Dow Chemical / Isovert-Saint Gobain”], así como desde el punto de vista material (la nulidad del contrato no implica necesariamente la nulidad de la cláusula de arbitraje; *vid.*, por ejemplo, el art. V.3º del Convenio de Ginebra de 1961 y el art. 8.4º del Reglamento de arbitraje de la CCI [de 1975], así como los laudos arbitrales de la CCI en los casos núms. 1526, de 1968, o 2476 de 1976) [...]. Además, la autonomía de la cláusula compromisoria ha sido también reconocida en el Derecho español: Gullón, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extrcontractual*, Madrid, 1968, señala que si la cláusula está incluida en un contrato, ‘pese a su dependencia formal, la cláusula compromisoria es independiente *per se*’ (p. 411); González Campos, ‘Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español’, *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, II, p. 39, también sostiene esta posición, que es ampliamente aceptada hoy. Las partes no han afirmado nada en contra, y el TS español incluso ha admitido el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria en su Auto de 17 de junio de 1983 [...]. Ni la Convención de Nueva York, ratificada por España, ni el Tratado hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y judiciales y documentos auténticos en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 y también ratificado por España, permiten negar la validez de la cláusula compromisoria” (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 785-789; *Yearbook CA*, vol. XIV, 1989, pp. 156-176; *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V. 1988-89, pp. 367-372 y nota de M. CHECA MARTÍNEZ.

podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa. El Convenio reitera en este punto una regla general admitida en la generalidad de los sistemas de exequátur en virtud de la cual no procede la ejecución de la decisión cuando una de las partes no ha tenido ocasión de hacer valer su derecho de defensa en el procedimiento sustanciado ante el Tribunal de origen. Debe dejarse, sin embargo, claramente sentado que, en el sistema establecido por el CNY, el principio de la garantía de los derechos de defensa de las partes deriva de un principio universal de justicia que no tiene por qué descansar en un orden nacional determinado. Es más la violación de este principio hace acreedora a la sentencia de una sanción, sin que sea menester apreciar tal violación en relación con una ley nacional determinada; por ejemplo, la ley aplicable al procedimiento arbitral, o la ley del juez del exequátur. Nos hallamos ante un control por parte del juez del exequátur de la forma en que se ha practicado la notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral a la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral; ello no presupone la presencia o la ausencia del demandado en el procedimiento. Dichas circunstancias no tienen por qué referirse a un sistema nacional concreto, sino que pueden predicarse de unos estándares de regularidad procesal general que pueden ir concentrándose por vía jurisprudencial en la interpretación del Convenio. La tradicional consideración de la rebeldía del demandado, ciertamente, puede servir de guía para aplicar los preceptos que justifican la denegación del reconocimiento en el supuesto que examinamos, pero nunca como un elemento concluyente (193). Los términos excesivamente genéricos del art. V.1º.b) permiten conducir a la parte demandada a esgrimir el precepto de forma exorbitante; por ello deben distinguirse con precisión los supuestos de indefensión previstos en el mismo de la denominada rebeldía estratégica o táctica.

El art. V.1º.c) CNY incluye también entre las causas de negación del exequátur a instancia de parte la prueba de que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no com-

(193) A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, *op. cit.*, p. 132.

prendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o que contenga decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, dice el precepto “si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”. Se trata de una excepción que pretende un control por el juez del exequátur de las facultades conferidas al órgano arbitral por las partes que se sometieron al mismo; esto, es, estamos ante un acuerdo arbitral válido, pero que ha dado lugar a un laudo en el cual el arbitro se ha extralimitado en el *petitum*. La práctica comparada y la española registran una tendencia sumamente restrictiva en orden a la estimación de la causa de oposición contemplada en el precepto estudiado. Por otra parte, el precepto estudiado, reconoce la posibilidad del denominado exequátur parcial.

Como cuarta causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, el art. V.1º.d) incluye la prueba de que “la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”. Esta excepción está en relación directa con el contenido del art. V.1º.a), *in fine*. Las partes pueden designar la ley que estimen pertinente para el desarrollo del proceso arbitral; dicha ley puede estar fijada en el propio convenio arbitral o puede inferirse de la remisión que éste incluya a los reglamentos de una determinada institución arbitral o a una ley nacional. Tal abanico de posibilidades constituye una de las novedades principales de la CNY, frente al sistema del Convenio de Ginebra de 1927, siendo calificado a este respecto el art. V.1º.d) como una brecha trascendental en la muralla de las soberanías nacionales. Más concretamente, pese a su breve redacción, el tenor de este precepto, abrió una nueva etapa del arbitraje comercial internacional en el sentido de que en el marco del procedimiento arbitral el convenio arbitral tiene primacía sobre cualquier legislación en presencia y que la autonomía de la voluntad puede eliminar en este ámbito la acción

de disposiciones imperativas del Derecho interno normalmente aplicable. Ahora bien, si en el curso del procedimiento de reconocimiento y ejecución se prueba que la constitución del Tribunal o el procedimiento arbitral no se han acomodado a lo dispuesto en el acuerdo o, en su caso, a la normativa designada por el mismo, es procedente la denegación del exequátur. La aplicación práctica del precepto admite ciertas variantes. Así, en caso de que en el acuerdo arbitral no se especifique claramente la designación de los árbitros por obstrucción de la parte demandada, pero tal designación se produzca en aplicación de la ley del país donde tenga lugar el arbitraje, la excepción no debe prosperar. Tampoco debe prosperar la excepción en aquellos supuestos en los que lo establecido en el acuerdo arbitral contradiga las disposiciones procesales de la ley del país en el que se ha dictado el laudo. Lo dispuesto en el convenio arbitral se erige, pues, en la pieza maestra del sistema, no siendo motivo de oposición al exequátur el hecho de que el convenio arbitral se aparte de las reglas procedimentales en vigor en el país de procedencia del laudo.

Por último, el art. V.1º.e) agrega como causa de denegación, que algunos consideran facultativa: “podrá denegarse el reconocimiento y ejecución”, la verificación de que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia. Estamos ante una transposición de la exigencia general de la firmeza del fallo o, si se quiere, a la necesidad de que la ejecutoria reúna la condición de cosa juzgada formal inherente a dicha firmeza. Bajo esta causal nos encontramos ante una situación de hecho que debe ser objeto de prueba, correspondiendo al órgano judicial ante el que se solicita la ejecución valorar la prueba aportada. Este carácter probatorio se mantuvo durante el período de vigencia del Convenio de Ginebra de 1927 al exigir su art. 4.2º a la parte que invocare el reconocimiento “los documentos y datos capaces de establecer que la sentencia se ha hecho firme” y fue reiterado por la jurisprudencia de muchos países hasta la entrada en vigor de la CNY. La inversión de la carga de la prueba que su art. V.1º recoge supone una simplificación sin precedentes respecto de los regímenes anteriormente señalados, que habían convertido

la obligación de probar la firmeza en uno de los motivos más proclives para denegar la ejecutoria. La excepción comentada se completa con lo dispuesto en el art. VI del Convenio, según el cual “Si se ha pedido a la autoridad competente, prevista en el art. V.1º.e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas”.

58. Debe dejarse bien sentado que si la parte contra la que se dirige el exequátur no comparece, al no poder alegar ninguna de las causas previstas en el art. V.1º, el único control posible compete a dicho juez (194); y como hemos indicado con anterioridad, la parte oponente queda exonerada en estos casos de la carga de la prueba, limitándose a alegar ante el juez lo que estime oportuno al respecto.

El art. V.2.º CNY establece dos supuestos en los cuales se exige una actitud positiva al juez del exequátur, facultándole para denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral. Las causas de denegación de la sentencia son dos: a) la falta de arbitrabilidad del objeto de la controversia, y b) la contrariedad de la sentencia con el orden público (195). La Ley del Estado ante cuyos tribunales se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral constituye el nexo de unión entre dos causas clásicas de denegación de dicho reconocimiento y ejecución; en ambos casos, obviamente, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del Estado ante cuyos tribunales se solicita. Ambos controles deben ser ejercidos por el propio Tribunal competente, aunque ello no excluya, ni mucho menos, la posibilidad de las partes de su alegación. La actuación de oficio del órgano jurisdiccional competente en la

(194) ATS 27 de octubre de 1998.

(195) J. GARCÍA DE ENTERRÍA, “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *Law & Practice Int. Buss.*, vol. 21, 1989-1990, pp. 389-440.

apreciación del cumplimiento de estos dos requisitos se justifica porque, con ellos, de lo que se trata es de unificar las decisiones nacionales en la materia, sobre la base de criterios de naturaleza fundamental. Estos criterios pueden pertenecer al área específica del arbitraje, con lo que nos encontramos ante el criterio de la arbitrabilidad de la controversia, o bien impregnar la totalidad del ordenamiento jurídico de que se trate, en cuyo caso nos enfrentamos a la cláusula de orden público internacional.

La unidad de ambos motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero se pone de manifiesto al dirigirse ambas a preservar determinados ámbitos materiales del propio ordenamiento, cuando está presente un especial interés del Estado. Éste se manifiesta, de un lado, al reservar el conocimiento de las controversias referidas al conjunto de materias que abarca, exclusivamente a los tribunales de la justicia ordinaria; de otro, en evitar que determinadas soluciones establecidas por órganos de arreglo de controversias extranjeros, y contrarias a los principios básicos del ordenamiento jurídico integren el acervo jurisprudencial del foro. La distinción entre ambas causas de denegación, debido a la interrelación anteriormente descrita, no es siempre fácil, sobre todo cuando de la no arbitrabilidad de la controversia se trata. En este caso, sin duda, la tendencia es a confundir ambas.

4. Algunas cuestiones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

59. En examen de la práctica española pone de relieve que no es frecuente la denegación de laudos arbitrales extranjeros, pues mayoritariamente procede tras un exhaustivo examen de los motivos alegados por la parte condenada a decretar la homologación del laudo (196). En tal sentido la jurisprudencia del TS ha insisti-

(196) E. ARTUCH IRIBERRI, “Cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros de conformidad con el Convenio de Nueva York de 1958”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 303-308.

do con reiteración al referido carácter homologador y no tiene carácter contencioso, aunque aquel contra el que se pida el reconocimiento pueda oponerse al mismo, lo que modula esa negación (197). Su objeto es verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas procesales “sin que a ello sea obstáculo de ningún modo que el órgano jurisdiccional a quien se encomienda esta función pueda revisar el fondo del asunto” (198); y también ha insistido en que no debe confundirse el cauce del exequátur, “al que pone término una resolución meramente declarativa del reconocimiento de los efectos de la sentencia y de su ejecutoriedad en España, con los propios actos de ejecución, que corresponden, una vez obtenida aquélla, al JPI del partido en que esté domiciliado el condenado” (199).

60. Las excepciones incluyen, al margen de los supuestos en que no se haya acreditado el acuerdo arbitral en la forma descrita en el art. II.2.º CNY (200), una serie supuestos excepcionales basados en la falta de motivación del laudo, la deficiente notificación al demandado del procedimiento de arbitraje (201) o, al amparo de la LA/1988, la ausencia de protocolización notarial del mismo (202). Junto a dichos supuestos se ha introducido, cierto que en contadas ocasiones, la socorrida noción del orden público como una apertura hacia el carácter tasado de las causales de anulación. Lo excepcional de los casos, frente una jurisprudencia totalmente favorable a la homologación, no elimina la necesidad de efectuar una crítica muy severa a estos fallos en la confianza de que la nueva práctica que con la LA/2003 se espera de los Tribunales de Primera Instancia no incurran en este apoyo al orden público, cuyo carácter excepcional debe dejarse claramente sentado.

(197) ATS 17 de junio de 2003.

(198) AATS 3 de diciembre de 1996 y 21 de abril de 1998.

(199) ATS 5 de mayo de 1998.

(200) *Vid. supra*, nota 181.

(201) ATS 16 noviembre 1999.

(202) *Vid. supra*, nota 101.

En primer lugar, en el ATS 1 de diciembre de 1998 la parte recurrente alegó infracción del orden público interno por existir entre las partes litigantes un pleito iniciado con anterioridad en España (art. V.2º.b CNY), siendo estimada tal impugnación (203). En segundo lugar, el ATS 19 de enero de 1999 decretó la improcedencia del exequátur de un laudo arbitral por existir la pendencia en España de un procedimiento contencioso administrativo, sin que fuese determinante la existencia de identidad de partes y absoluta coincidencia de objeto y causa, y alzarse éste “como obstáculo ineludible al reconocimiento, cuestión ésta que, habida cuenta de su vertiente procesal del orden público, se antepone a las demás” (204). Por fin un tercer caso, con el mismo ponente que el anterior, viene a través del ATS 20 de junio de 2000, que denegó el exequátur de un laudo arbitral CCI dictado en París por una cuestión de prejudicialidad originada como consecuencia de la interposición de una demanda ante el JPI de Zamora que dio lugar a un juicio de mayor cuantía (205). En los tres casos se trata supuestos

(203) Presentada, con posterioridad, nueva solicitud de exequátur el ATS de 7 de octubre de 2003 volvió a desestimarla alegando que: “el anterior Auto de esta Sala no puede impedir que ahora, una vez finalizado el litigio en España, se promueva nuevamente la homologación del laudo, habida cuenta del contenido de dicha resolución, y de los límites objetivos y temporales a los que debe someterse la eficacia de la cosa juzgada material que pueda vincularse a su firmeza. No se encuentra aquí, por lo tanto, el obstáculo a la homologación de la eficacia del laudo extranjero. El verdadero escollo se sitúa en el devenir de la pendencia del proceso seguido en España, que ha dado paso a una resolución, ya firme, cuyo contenido y efectos resultan inconciliables con los propios de la resolución arbitral. Ya no es, pues, la pendencia del litigio seguido en el foro lo que impide el reconocimiento, sino la existencia de la decisión firme recaída en dicho pleito, y la extensión de la eficacia de la cosa juzgada material inherente a ella, la que cierra el paso a la eficacia del laudo foráneo, permaneciendo incólumes las razones que motivaron la anterior resolución y que ahora determinan igualmente el sentido de la presente”.

(204) Nota de E.M. RODRÍGUEZ GAYÁN, *REDI*, 1999-96-Pr.

(205) *Vid.* nota de J.J. RODRÍGUEZ RECIO, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000-2001, pp. 274-278 y nota de E. ARTUCH IRI-BERRI, *REDI*, 2001-17-Pr.

de litispendencia que al no poder incluirse en el art. V CNY el TS los ha vinculado de manera incorrecta al concepto de orden público (206). No obstante esta corriente jurisprudencia parece atenuarse con el ATS de 20 de marzo de 2001, que admitió el exequátur de un laudo pronunciado en Alemania pese a que el demandado presentó con posterioridad al inicio del procedimiento arbitral una demanda en España solicitando la nulidad de la cláusula compromisoria (207).

(206) E. ARTUCH IRIBERRI, “Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (reflexiones acerca del ATS de 1 de diciembre de 1998)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000-2001, pp. 123– 133;

(207) Nota de M.^a V. CUARTERO RUBIO, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. III, 2003, pp. 630-632.