

## COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA (LEY 60/2003, 23 DE DICIEMBRE)\*

*Irina Graciela Cervantes - Bravo\*\**

### RESUMEN

La actual Ley de arbitraje 60 del 2003, de 23 de diciembre, reforma el sistema jurídico arbitral español paliando sus imperfecciones y situando a España dentro de los países que cuenta con una legislación favorable al arbitraje tanto interno como internacional. Esta nueva ley se caracteriza por su antiformalismo, la permisibilidad en el empleo de nuevas tecnologías, limita la intervención jurisdiccional a los momentos estrictamente necesarios, se pronuncia acertadamente sobre las medidas cautelares en el arbitraje, establece la voluntad de las partes como brújula orientadora del procedimiento arbitral cuyos límites son impuestos por los principios de contradicción, igualdad y audiencia, mejora la protección de la eficacia del convenio arbitral y permite la ejecución provisional del laudo impugnado. Sus aciertos superan en gran medida sus imprecisiones y en general representa la evolución positiva de la legislación española con respecto al arbitraje. Por otro lado, la legislación arbitral toma en cuenta los diferentes componentes del procedimiento arbitral; determinando su inicio, la forma de notificación y cómputo de los plazos, las distintas fases procedimentales y no solo denominan correctamente el sistema de impugnación contra el laudo (acción de anulación) sino también enumera con claridad los motivos de su procedencia. El análisis

*Fecha de recepción: abril 1º del 2008  
Fecha de aceptación: abril 18 del 2008*

---

\* Artículo producto de investigación en la línea “Justicia y sociedad” del grupo de investigación “Estudios de derecho público” de la Pontificia Universidad Javeriana. Categoría “A” Colciencias.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Profesora Titular de la Unidad Académica de Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit, México, Juez Instructor en Tribunal Electoral de Estado de Nayarit, México, Miembro de la Barra Mexicana de Abogados. Miembro del grupo de investigación de estudios en derecho público de la Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá-Colombia. Contacta: irinagraciela@hotmail.com

general de sus preceptos nos permite concluir que es plausible la regulación del arbitraje en dicho ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** análisis del arbitraje interno e internacional en España, arbitraje comercial, derecho mercantil.

## COMMENTS TO SPANISH ARBITRATION LAW (LAW 60 OF DECEMBER 23, 2003)

### ABSTRACT

*The current Arbitration Law No. 60/2003 (December) amends the Spanish legal arbitration system by mitigating its imperfections and placing Spain within countries with a legislation favorable both to domestic and international arbitration. This new law is characterized by its anti-formalities features in using new technologies; it limits jurisdictional intervention to just some procedural stages; it accepts the adoption of arbitration precautionary measures; it states that the will of the parties is a guide orienting the arbitration procedures which limits are set out by the principles of contradiction, equality and hearing; it improves the protection as to the efficacy of the arbitration clause and it allows the provisional enforcement of the arbitral award that has been challenged. The right features of this law outnumber its inaccuracies and in general they represent a positive evolution of Spanish legislation as to arbitration. On the other hand, arbitration legislation takes into account different components of the arbitration procedure by determining its commencement, the form of serving notices, the calculation of legal terms, the different procedural stages, and they not only correctly label the system of challenging an arbitral award “acción de anulación” (annulment) but also it list with great clarity its grounds. The general analysis of its provisions leads to concluding that the regulation of arbitration is plausible in the Spanish set of juridical norms.*

**Key words:** *analysis of domestic and international arbitration in Spain.*

### INTRODUCCIÓN

Es evidente el cambio cualitativo que la nación española ha gestado en las últimas décadas en favor del arbitraje. Continuando por este sendero de enriquecimiento a su legislación arbitral y bajo la premisa de reformar para mejorar, el 23 de diciembre del 2003 el legislador español expidió una nueva Ley de arbitraje, la cual por virtud de su disposición final tercera inició vigencia el 26 de marzo del 2004. Con la expedición de esta ley, España se sitúa entre los países que cuentan

con un ordenamiento arbitral adaptado a las necesidades, flexible y acorde con sus tratados y acuerdos internacionales. Es decir, cuenta con un régimen normativo interno a la altura de las circunstancias. Generando un clima confortable con el fin de que los extranjeros elijan España como sede de sus arbitrajes y con la firme intención de lograr que esta nación en un futuro se consolide como el “paraíso” del arbitraje comercial internacional.

Al efecto, se pretende superar los escollos que presentó la pasada ley (36/1988) en relación con el arbitraje internacional. Para ello, el legislador se ha inspirado en la ley modelo Uncitral (ley elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985)<sup>1</sup>, claro, sin echar por tierra los avances alcanzados por las anteriores leyes arbitrales que en la práctica demostraron eficacia tal, como es el caso del arbitraje institucional que acertadamente lo introduce la derogada Ley de arbitraje 36 de 1998. Lo que se hizo fue adaptar una normativa ya existente y de calidad a las exigencias del actual comercio internacional para que sea una realidad el ahorro de tiempo y dinero al emplear el arbitraje, cuyo procedimiento, garantiza certidumbre jurídica, resulta sencillo, flexible y económico. Como muestra la actual ley, (a diferencia de su antecesora), a falta de acuerdo entre las partes en la designación de los árbitros se nombrará sólo uno, sin duda, tal criterio genera menores gastos. Se conserva el principio *Kompetenz-kompetenz* que implantó la anterior Ley 36 de 1988, y se aclaran algunas cuestiones conexas a este principio, como son la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre excepciones relativas a la existencia o la validez del convenio arbitral o cualquier otra que impida entrar en el fondo de la controversia. El uso de las nuevas tecnologías es uno de los aspectos más significativos que plantea esta ley; las audiencias pueden efectuarse *on line* o a través de videoconferencias, los laudos pueden realizarse en un formato de soporte electrónico, óptico o de otro tipo, siempre que quede constancia de su contenido y firmas. Ya no es requisito *sine qua non* la protocolización notarial del laudo, por tanto, la protocolización resulta optativa de la parte interesada corriendo a su costa los gastos que ello genere. Se amplía el plazo para anular el laudo, en consecuencia, la acción de anulación habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del mismo, y no dentro de diez días siguientes como indicaba la anterior.

A grandes rasgos este es el nuevo panorama que refleja la vigente Ley de arbitraje 60 del 2003, de 23 de diciembre, y sus significativas cuestiones que abordaremos en el presente estudio mediante examen conjunto de sus preceptos.

---

<sup>1</sup> La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuya abreviatura en español son las siglas CNUDMI, revolucionó el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional de los últimos años de tal forma que más de 40 países han reformado su normativa interna tomando como texto referencial esta ley modelo.

## 1. Principales características de la ley de arbitraje

a) *Preeminencia de la voluntad de las partes y flexibilidad*: se advierte que la voluntad de las partes impregna el ordenamiento, no sólo como elemento originador del arbitraje sino que prima la autonomía de la voluntad de las partes incidiendo en cuestiones como: el procedimiento para la designación o recusación de los árbitros, las reglas con base en las cuales estos actuarán, la determinación del lugar, el idioma o el inicio del arbitraje, la renuncia a la tutela cautelar, los plazos en que se emitirá el laudo (LA, arts. 26, 28 y 37.2), en general su voluntad preside cualquier cuestión procedimental, el límite lo imponen los principios de igualdad, audiencia y contradicción. La voluntad de las partes se integra también por lo que determinen las normas de la corporación, institución o asociación en el supuesto del arbitraje institucionalizado y, en su defecto, cuando nada determine los árbitros con base en la ley podrán dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, incluso por propia iniciativa pueden acordar la práctica de las pruebas que estimen oportunas (LA, art. 25.2).

b) *Su carácter antiformalista*: esta ley deja de lado la formalidad para dar paso al principio de autonomía de voluntad de las partes, ello se aprecia en la regulación del convenio arbitral y del laudo, al ser parangón de la forma escrita cualquier medio que permita su posterior constatación o recuperación de lo que estos contienen; se autoriza, además, el convenio por referencia y que el laudo carezca de protocolización notarial.

c) *Adopta el modelo monista*: la ley diseña un único régimen tanto para el arbitraje interno como para el arbitraje internacional distinguiendo apenas entre uno y otro, pues son pocos los preceptos en la ley que se aplican específicamente al arbitraje internacional. En general, los preceptos contenidos en la citada ley se aplican por igual al arbitraje interno e internacional, de este modo el legislador español entiende que “una buena normativa para el arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa”<sup>2</sup>.

d) *Conjuga aspectos favorables de las anteriores legislaciones arbitrales*: el legislador, sin olvidar los avances alcanzados por la anterior Ley 36 de 1988, pretende superar las lagunas, imperfecciones o deficiencia que la práctica, la jurisprudencia y la doctrina pusieron de manifiesto en relación con dicha ley. Así, el nuevo ordenamiento entra de lleno a regular cuestiones como la tutela cautelar en el arbitraje, dado que si una de las partes lo insta y no existe acuerdo contrario al respecto, los árbitros pueden decretar medidas cautelares requiriendo para su ejecución la intervención jurisdiccional.

2 La segunda parte de la exposición de motivos de la Ley de arbitraje 60 del 2003 expresamente así lo indica.

e) *Modernización y vanguardismo*: por primera vez una ley española habla del empleo de medios telemáticos en los procedimientos de solución de litigios, para aquellas cuestiones en las que sea posible adaptar las nuevas tecnologías. De esta forma, el convenio y el laudo pueden constar en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Igualmente se admite que las comunicaciones se realicen a través de instrumentos novedosos como télex, fax, u otro medio de telecomunicación electrónica o telemática que permita el envío y la recepción de escritos o documentos, siempre y cuando dejen constancia de la comunicación. Tan plausible criterio abre la puerta al reciente arbitraje *on line* mediante el cual se pretende solucionar las controversias suscitadas en el comercio electrónico, de este modo, al amparo de la nueva ley, podrán efectuarse y desarrollarse procedimientos arbitrales a través de Internet con plena validez jurídica en el mundo real<sup>3</sup>.

f) *Establece mínima intervención de los órganos judiciales*: la ley delimita con claridad los supuestos en que los jueces pueden actuar en sede arbitral como sucede cuando se requiera su auxilio para la práctica de pruebas o en la función de control en el supuesto de anulación del laudo o su exequátur, en caso de que este sea extranjero. Con ello, el legislador deja claro la vida autónoma del arbitraje y el marco de colaboración de los órganos estatales se reduce al mínimo indispensable.

g) *Primacía del arbitraje de derecho sobre el de equidad*: se desprende de la ley que el arbitraje de equidad solo se efectuará cuando expresamente lo acuerden las partes, de no manifestar nada al respecto, se resolverá la controversia conforme a derecho. La inversión de la regla que la anterior ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad ha dado de qué hablar en la doctrina. De acuerdo con BARONA VILAR, tal inversión es inexplicable entre otras razones porque: “las estadísticas arrojan un resultado más favorable al arbitraje de equidad al ser mayor el número de laudos que se dictaron en este tipo de arbitraje, tal vez sea porque se busca una solución menos agresiva, más pacificadora; y esta puede hallarse más fácilmente en la aplicación del leal saber y entender, que en la aplicación de la norma al caso concreto”<sup>4</sup>. Algunos autores van más allá al criticar la ley como un acto legislativo de “entreguismo” al colectivo de abogados en ejercicio al recluir en ellos el arbitraje de derecho, dejando de lado a todos los que no ejerzan la abogacía, lo que anticipa un atinado fracaso de la ley porque los abogados en ejercicio han demostrado en la

3 De acuerdo con MONTESINO GARCÍA, el arbitraje en Internet se utilizó por primera vez en enero del 2000, para la solución de un conflicto suscitado por el registro abusivo de un nombre de dominio, litigantes situados en las cuatro esquinas del mundo efectuaron totalmente en línea tal litigio de carácter internacional, sin encontrarse cara a cara, intercambiando documentos y actuando bajo el control de un árbitro nombrado por una institución situada en un tercer país. Para más información, véase a MONTESINO GARCÍA, ANA, *Arbitraje on line*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universitat de Valencia, España, 2006. págs. 31 y 32.

4 BARONA VILAR, SILVIA (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 2004. págs. 68 y 69.

práctica que no creen en el arbitraje<sup>5</sup>. En nuestra opinión, el que prime el arbitraje de derecho frente al de equidad al no instituirse expresamente por las partes este último, no es una solución muy acorde con la nueva ley, sobre todo cuando observamos que la norma se inclina hacia una máxima flexibilidad y enarbola como estandarte la autonomía de voluntad de las partes, toda vez que la presunción legal de que ante el silencio de las partes se opta por el arbitraje de derecho, lo asociamos a leyes con tendencia formalista; basta recordar el artículo cuarto de la Ley de arbitraje 1953 que estableció similar criterio a favor del arbitraje de derecho. No obstante ello, confiamos que esta incongruencia no afecte los beneficios que aporta la nueva ley, sobre todo creemos que la propia prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes salva este tipo de imprecisiones en razón de que al interpretarse la ley se sobreentiende que “mediante acuerdo” expreso las partes en un arbitraje interno que se decida en derecho pueden concertar que el árbitro no tenga la condición de abogado en ejercicio (LA, art. 15.1).

*h) Potencia el arbitraje institucional:* dedicando un precepto en específico para esta modalidad en el que enumera las entidades a las que se puede encomendar la administración del arbitraje (LA, art. 14). Aunado a ello, a lo largo de todo el ordenamiento nos encontramos con disposiciones que aluden al arbitraje institucionalizado, lo cual es entendible en razón de que las instituciones administradoras, al ser las depositarias de las facultades de las partes, actuarán en su nombre determinando algún elemento del procedimiento o decidiendo alguna cuestión que afecte al mismo (LA, art. 4).

*i) Mejora la regulación del principio:* el principio *kompetenz-Kompetenz*<sup>6</sup>, principio que se traduce en la competencia de los árbitros para decidir sobre sus propias facultades o primacía de los árbitros para enjuiciar la validez del convenio. Este principio va de la mano con la autonomía del convenio arbitral que confiere la separabilidad del mismo, con respecto al contrato principal<sup>7</sup>.

*j) Establece la acción de anulación como sistema de impugnación del laudo:* sostiene que la anulación del laudo no es un recurso sino una acción de anulación, toda vez que su fin es atacar los efectos producidos por el laudo definitivo y porque el

5 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60 del 2003*, 23 de diciembre, 1ª reimpresión, Ed. IVADP, San Sebastián España, 2004, prólogo sin paginar.

6 El principio *Kompetenz-Kompetenz* es un elemento clave en el arbitraje al reservar la competencia a favor de los árbitros para que sean quienes primero decidan sobre su propia competencia, de estimarse competentes, el procedimiento arbitral seguirá su curso haciéndose efectiva la eficacia excluyente de jurisdicción que el convenio arbitral despliega.

7 Aun cuando son dos aspectos que van de la mano, no debemos confundir el mencionado principio *Kompetenz-Kompetenz* que es una cuestión procesal de competencia, con el principio de autonomía del convenio arbitral que es una cuestión contractual sustantiva de fondo. O dicho de otro modo, no se trata de un problema sobre la validez del contrato o su cláusula, sino sobre el principio de *Kompetenz-kompetenz* que es una cuestión procedimental cuya carencia impide entrar a resolver la controversia.

recurso nace en el ámbito jurisdiccional al exigir la presencia de una relación jurídico-procesal y la preexistencia de un acto procesal contra el cual interponer el mismo, condiciones que no encontramos en el supuesto de anulación de un laudo arbitral.

k) *Es una norma de competencia exclusiva del Estado español*; conforme a la Carta Magna Española, el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre la legislación en materia de arbitraje, para disipar cualquier duda en torno a ello, expresamente la ley lo establece en su disposición final segunda: *“Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149. 1.6ª y 8ª de la Constitución”*. Por otro lado, vale advertir que aun cuando el tribunal constitucional ha catalogado el arbitraje como equivalente jurisdiccional (STC 43/88, 233/88, 76/88, 15/89 46/90, 174/1995, 176/1996 entre otras)<sup>8</sup>, la ley de arbitraje no tiene el carácter de ley orgánica en razón de que no supone sobre su propia competencia, de estimarse competente, el procedimiento arbitral seguirá su curso haciéndose efectiva la eficacia excluyente de la jurisdicción que el convenio arbitral despliega.

Estrictamente el desarrollo de un derecho fundamental o que pueda afectar el contenido esencial de algún derecho fundamental<sup>9</sup>. Según indica la exposición de motivos, es una *“Ley general, aplicable por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial, pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad”*. Por último, cabe indicar que a pesar de que en la doctrina se discute que en sentido estricto no es una norma procesal, en general nadie niega su fuerte incidencia en esta esfera en la medida en que regula una actividad sustitutiva de los jueces estatales.

## **2. Ámbito de aplicación de la ley**

### **A. El principio de territorialidad y materias objeto de arbitraje**

La ley determina con exactitud su ámbito de aplicación basándose en un criterio territorial; en virtud de ello todos los arbitrajes que se efectúen dentro de territorio español, independientemente de que se trate de un arbitraje interno o internacional, este sea comercial o no comercial, se sujetarán a las disposiciones que establece la ley, salvo que el arbitraje esté al amparo de alguna disposición contenida en un

8 Sentencias del Tribunal Constitucional citadas por MERINO - MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO, *El 'equivalente jurisdiccional' en el derecho público español*, Ed. CEPC, Madrid, 2002. pág. 33.

9 MERINO - MERCHÁN, JOSÉ F., “Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 10, Asamblea de Madrid Servicio de Publicaciones, Madrid, junio 2004. págs. 160 y 161.

tratado o convenio internacional de los que España sea parte o se encuentre bajo el régimen de una ley que contenga disposiciones especiales sobre arbitraje, porque en tales hipótesis no incide directamente la aplicación de la ley (LA, art. 1º). Por tanto, la regla general de que la ley se aplica a todos los arbitrajes ordinarios cuyo lugar se encuentre en territorio español se encuentra condicionada a las disposiciones de los tratados ratificados por España y reglas especiales que en materia de arbitraje contengan las leyes. De no materializarse las anteriores condicionantes, si las partes o en su defecto los árbitros designen como sede del arbitraje un lugar comprendido en territorio español no podrán excusarse de la aplicación de ley ni podrán designar otro ordenamiento extranjero para regir el procedimiento arbitral que entre en conflicto con la Ley de arbitraje. La opción territorial elegida por el legislador español resulta adecuada en razón de que otorga seguridad jurídica y previene futuros conflictos con leyes de los Estados a los que pertenecen las partes. No obstante lo anterior, algunas de las disposiciones de la ley podrán aplicarse en arbitrajes con sede en el extranjero, tales disposiciones tratan sobre las siguientes cuestiones: la competencia judicial para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (LA, art. 8.3); preceptos que regulan la ejecución forzosa del laudo y su exequátur (LA, arts. 8.4. y .6, 44, 45 y 46); el artículo noveno que regula el convenio arbitral, salvo su apartado segundo; y la disposición que regula la competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares (LA, art. 23)<sup>10</sup>.

Por otra parte, debemos indicar que la ley tiene aplicación supletoria en los arbitrajes previstos en otras leyes como son: la de consumo, transporte terrestre, seguros privados, propiedad industrial, propiedad intelectual, propiedad horizontal, de cooperativas, entre otras. Finalmente, por exclusión realizada por la propia ley, no entran dentro de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales.

Ahora bien, en cuanto a las materias que de acuerdo con la ley pueden ser objeto del arbitraje, el legislador español atiende al criterio de “libre disposición de la controversia”, según explica la exposición de motivos: “*basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes*”. Es decir, cuando la ley nos indica que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición, se sobreentiende que: “cabe llevar al arbitraje pretensiones en las que se afirme la titularidad de verdaderos derechos

10 Como indica la exposición de motivos de la Ley de arbitraje: “la concreción de estas excepciones posee una marcada base territorial, dado que se trata de normas procesales que son aplicadas por los tribunales españoles”. Las excepciones fijadas por el legislador español resultan adecuadas, solo nos detendremos en el precepto relativo a la competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares, al considerar que tal disposición deberá ser interpretada con sumo cuidado en razón de que un arbitraje en el extranjero generalmente se rige por la ley del país en cuyo lugar se desarrolle el procedimiento arbitral (*Lex loci arbitri*), no obstante, conforme al precepto aludido podría parecer que la ley arbitral española invade otra esfera de competencia autorizando la adopción de medidas cautelares a los árbitros, este no es el sentido mediante el cual deberá interpretarse la norma. En todo caso, la aplicabilidad de tal precepto se encuentra supeditado a que no entre en conflicto con lo estipulado en la ley arbitral extranjera.

subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación<sup>11</sup>.

Conforme a la nueva ley, el marco de la arbitrabilidad de la materia se amplía, pues aparte de las materias que tradicionalmente son susceptibles de arbitraje, también podrán someterse algunas otras como: a) determinadas controversias en el sector de arrendamientos urbanos referentes a la determinación de la renta del mercado, la fijación de la indemnización a favor del arrendatario, así como el reparto entre los vecinos de los gastos relativos a la comunidad; b) en el ámbito societario, sobre la impugnación de acuerdos sociales; c) las cuestiones litigiosas surgidas en un procedimiento que verse sobre el registro de una marca<sup>12</sup>. Todos estos son algunos de los ejemplos que al tenor del artículo 2º de la ley pueden sin duda resolverse en arbitraje.

Por lo que atañe específicamente al arbitraje internacional, la ley atiende a la arbitrabilidad subjetiva de la materia estipulando la imposibilidad de los Estados y otros entes estatales (sociedad, organización o empresa estatales) para hacer valer las prerrogativas de sus ordenamientos jurídicos a fin de evadir las obligaciones derivadas del convenio arbitral. Esto es, al ser parte el Estado en un convenio arbitral actúa como particular y no como una entidad soberana, por tanto, no podrá ampararse en las prerrogativas que le reconoce, o concede su propio derecho para evadir las obligaciones derivadas de la suscripción del convenio arbitral.

### ***B. Delimitación del arbitraje internacional***

Acorde con sus objetivos y con su diseño internacionalista, la nueva ley ha incorporado una serie de circunstancias que determinan el carácter internacional de un arbitraje, estas son:

1) Circunstancias que atienden a un criterio espacial; el arbitraje se considerará internacional cuando el domicilio de las partes se localice en distintos Estados en el momento de la celebración del convenio arbitral, o bien, cuando el lugar del arbitraje o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, se encuentren situados fuera del domicilio de las partes.

11 MONTERO AROCA, JUAN, artículo 2º, en Barona Vilar, Silvia, *Comentarios...*, *op. cit.*, supra nota 4, pág. 117.

12 En la jurisprudencia no se ha establecido un criterio uniforme en cuanto a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, al parecer, conforme a lo dispuesto por la nueva ley arbitral son más los partidarios tanto en la jurisprudencia como en la doctrina que se han pronunciado a favor de solucionar esta cuestión a través del arbitraje. Vid. En sentido afirmativo ARIAS LOZANO, DAVID, *Comentarios a la Ley de arbitraje del 2003*, Ed. Aranzadi, Navarra 2005. pág. 33, y Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, supra nota 4, págs. 126-128. En sentido contrario CORDON MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje de derecho privado* (estudio breve de la ley (60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005. pág. 65.

Además, conforme a la ley, si las partes poseen múltiples domicilios, se tendrá en cuenta el *que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral*. A falta de domicilio se tomará como tal el de residencia habitual de las partes.

2) Circunstancias que atienden a un criterio económico; independientemente del domicilio, nacionalidad de las partes o lugar del arbitraje lo importante es que concurren ciertos factores que permitan afirmar que la controversia afecta los intereses del comercio internacional. Esto es, la internacionalidad del arbitraje está determinada en función de la realidad económica que subyace en la controversia<sup>13</sup>.

### **3. El convenio arbitral y sus efectos**

El convenio arbitral es el recipiente donde se deposita la voluntad de las partes, posee sustantividad propia con independencia de la forma que este asuma. Resulta necesario tanto para que exista el arbitraje en su conjunto como para que se inicie el procedimiento arbitral. Aunado a ello, el convenio arbitral no solo es la fuente de la que deriva el poder de los árbitros, sino que también se erige como factor clave para determinar la competencia entre los jueces y los árbitros, en razón de que ante un convenio válido y eficaz cede la competencia de los tribunales del Estado en favor de los árbitros. En definitiva, el convenio arbitral es uno de los aspectos esenciales ya que sin este el arbitraje no tendría vida, salvo que se tratase de un arbitraje testamentario.

El convenio arbitral puede definirse como aquel contrato en cuya virtud las partes someten a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir con respecto a una determinada relación jurídica, excluyendo el conocimiento de los órganos judiciales sobre las mismas<sup>14</sup>. O bien en una definición más amplia diríamos que es el resultado de las declaraciones de voluntad de las partes que se dirigen a un mismo fin que un tercero (os) zanjen con su decisión la controversia que los envuelve, la misión del convenio es componer intereses contrapuestos como lo haría el contrato. Por consiguiente, el objetivo que se persigue con la concertación de un convenio arbitral es que cuando surja la discrepancia entre las partes, esta se solvente por medio del arbitraje.

Las particularidades que presenta el convenio de arbitraje lo sitúan como un contrato del que derivan efectos distintos al resto de los contratos, pues a diferencia

13 GÓMEZ JENE, MIGUEL, artículo 3º, En: Arias Lozano, David, *Comentarios a la Ley de arbitraje del 2003*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 43.

14 VERDERA SERVER, RAFAEL, "artículo 9º", En: Barona Vilar, Silvia, *Comentarios...., op. cit.*, pág. 322.

de los contratos privados “ordinarios”, el convenio tiene como finalidad específica la producción de efectos procesales<sup>15</sup>.

El nuevo diseño que la ley realiza del convenio arbitral potencia la autonomía privada de las partes y su flexibilidad. Únicamente describe el contenido, forma y efectos del convenio sin realizar una definición legal del mismo. Según se desprende de su articulado, lo esencial es que el convenio exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias. No obstante, como contrato que es, debe cumplir los requisitos generales del Código Civil y los específicos de la Ley de arbitraje, esto es, requisitos subjetivos y objetivos o formales, de lo contrario, puede sobrevenir la nulidad del laudo. Entre los requisitos subjetivos podemos mencionar que se requiere la capacidad general de obrar y enajenar (CC, art. 322), toda vez que acorde con la arbitrabilidad de la materia solo será válido el convenio arbitral cuando las partes tengan libre disposición de los derechos sobre los que versa la controversia. Entre los requisitos objetivos podemos indicar que se exige la concreción de la relación jurídica de la que deriva la controversia, es decir, delimitar los puntos litigiosos sobre los que versará la decisión final que emita el árbitro en el supuesto de que el convenio arbitral encierre cuestiones que no se encuentran determinadas, esto es importante, primero para verificar que se trata de una materia de libre disposición de la partes, y segundo, porque el arbitraje desplaza a la jurisdicción encomendando la resolución de los conflictos surgidos entre las partes a los árbitros, por tanto, es inadmisibles una renuncia general al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (Constitución, art. 24.1). BARONA VILAR comenta que bien podría aplicarse al convenio arbitral los criterios estipulados por la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación (LEC, arts. 6º y ss.)<sup>16</sup>. En suma, la nueva ley, al igual que la anterior, estipula que no es necesario que la controversia sea actual o que esté perfectamente delimitada puede someterse una controversia futura, lo importante es que se indique la relación jurídica de la que surge la cuestión controvertida en razón de que lo esencial es que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual sobre materias de libre disposición conforme a derecho de las partes. No vale generalizar que se someterán a arbitraje todos los conflictos que surjan en un futuro porque algunos podrían ser indisponibles, además, la controversia debe revestir el carácter jurídico porque en el arbitraje no basta que las partes pidan la resolución de una diferencia sino también se requiere

15 En la doctrina se cataloga al convenio arbitral dentro de los “contratos procesales” (*Prozessverträge* según la doctrina alemana), que son todos aquellos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso. Vid. BERNARDO - SAN JOSÉ, ALICIA, *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2002. págs. 10 y ss.

16 VERDERA - SERVER, RAFAEL, artículo 9º, en BARONA VILAR, SILVIA, *Comentarios...., op. cit.*, pág. 325.

la declaración de su derecho<sup>17</sup>. Cumpliendo estos requisitos legales el convenio arbitral produce válidamente sus efectos.

El acuerdo de voluntades puede incorporarse a un contrato o bien puede consistir en un acuerdo autónomo e independiente, lo usual es que este tipo de cláusulas se inserten en los contratos. También puede ser que el convenio arbitral se contenga en un contrato de adhesión, en cuyo supuesto, su validez e interpretación se regirán por lo que previenen las disposiciones vigentes aplicables (LA, art. 9.2). En cualquier caso, téngase presente que el convenio arbitral es un contrato diferente e independiente de aquel al que formalmente aparece unido, por ello se le tratará de forma distinta que al contrato principal, aun cuando los dos pueden constar en una sola documentación, tienen fundamento y finalidad diferentes, por tanto, se puede aplicar al convenio arbitral una normativa distinta de la que regula el contrato base. Para una mejor explicación de la cuestión tomaremos el ejemplo que expone CORDON MORENO: *“una puede ser la norma que regule el requisito de forma del contrato de fondo y otra la que regule la forma del convenio arbitral. Un convenio arbitral inserto en un contrato privado, cuando la ley exige forma solemne para el contrato principal, es a mi juicio, válido y eficaz para atribuir jurisdicción a los árbitros para decidir sobre su validez”*<sup>18</sup>. La autonomía del convenio arbitral está amparado por el principio *Kompetenz-kompetenz*, así la ley al referirse a la potestad de los árbitros para pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral indica que la nulidad del contrato principal no entraña necesariamente la nulidad del convenio arbitral” (LA, art. 22.1).

En cuanto a la forma del convenio; la ley ha flexibilizado al máximo, dado que si bien continúa exigiendo la forma escrita del convenio, se permiten diversas modalidades de constancia por escrito, pues se entiende cumplido este requisito cuando el convenio consta en soporte electrónico en el que pueda consultarse posteriormente su contenido, con tal prescripción la ley responde a la problemática que se plantea en la sociedad actual con el uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Tampoco exige la ley que el convenio esté contenido en un único documento suscrito por las partes, sino que el mismo puede resultar de un “intercambio de cartas, telegramas o de cualquier otro medio de comunicación que dejen constancia del acuerdo”. Así por ejemplo, el convenio puede derivarse de un intercambio de correos electrónicos en los que se exprese la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. De igual manera, el convenio puede asumir la forma de una cláusula arbitral por referencia al permitirse que el convenio arbitral conste en un documento por separado al que las partes pueden remitirse (LA, art. 9.4). Puede suscribirse antes o después de que surja la controversia, incluso

17 BERNARDO - SAN JOSÉ, ALICIA, *op.cit.*, pág. 33.

18 CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *op. cit.*, pág. 107.

en un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del “intercambio de escritos de demanda y contestación (en los términos del art. 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra”, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultando un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. En concreto, la voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que este asuma.

En cuanto a su contenido; lo esencial, como hemos dicho, es que el convenio contenga la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias derivadas de una relación jurídica. Así, lo normal es que el convenio tenga por objeto relaciones jurídicas contractuales, pero también puede tener otro tipo de relaciones jurídicas siempre que sean de libre disposición de las partes (por ejemplo, la determinación de la propiedad de un inmueble)<sup>19</sup>. Aparte de estos requisitos, el convenio podrá contener entre otras cosas: la designación del árbitro que conocerá la controversia o simplemente los requisitos a los que atenderá el procedimiento para su designación una vez que surja el conflicto (LA, art. 15.6), el tipo de arbitraje (derecho o equidad), el número de árbitros (impar), ley aplicable, determinación del procedimiento, lugar e idioma del arbitraje, plazo para dictar el laudo. En el caso de un arbitraje institucionalizado, podrá contener además la institución a la que se le encomienda la administración del arbitraje, así como el reglamento arbitral al que se sujetará. Los requisitos antes mencionados son en todo caso optativos en razón de que muchos de ellos, llegado el momento, pueden determinarse por los árbitros.

Por lo que respecta al arbitraje internacional, el convenio se considera válido y la controversia arbitrable, si cumple los requisitos que establece cualquiera de las siguientes normas: las elegidas por las partes para regir el convenio arbitral; las aplicables al fondo del conflicto; o bien las españolas (art. 9.6)<sup>20</sup>.

En otro orden de ideas, debemos precisar que el arbitraje puede constituirse también por disposición testamentaria, es decir, se instituye por la voluntad unilateral del testador para resolver las controversias que se susciten en relación con su testamento, con base en ello se establece un límite a los sucesores hereditarios, pues no pueden llevar las controversias surgidas sobre la distribución o administración de la herencia al conocimiento de los órganos judiciales sino que las mismas deben ventilarse en arbitraje. El precepto que regula esta modalidad no

19 VEGA TORRES, JAIME, Derecho procesal civil: proceso concursal arbitraje (con Díez-PICAZO, IGNACIO), Ed. RAMÓN ARECES, Madrid, 2004. pág. 111.

20 *Ídem.* pág. 112. Además, para un análisis más detallado sobre el convenio internacional véase Esplugues MOTA, CARLOS, artículo 9º, En: BARONA VILAR, SILVIA, *Comentarios...., op. cit.*, págs. 394 a 410.

ha variado mucho en relación con su antecedente en la ley anterior (cfr. art. 36/1988), solo que la nueva ley aclara que la voluntad del testador debe estar instituida en la disposición testamentaria, de lo que se concluye que debe cumplir los requisitos relativos al tipo de testamento de que se trate, notarial, hológrafo, etc.<sup>21</sup>.

### **3.1. Efectos negativo y positivo del convenio arbitral**

Los efectos que origina el convenio arbitral se los conoce comúnmente en la doctrina como el efecto positivo y el efecto negativo. Tales efectos expresamente se establecen en el artículo 11.1 de la Ley de arbitraje. Implican la obligación para las partes de cumplir el convenio, por ende, proceder al arbitraje una vez surgido el conflicto derivado de la aplicación del contrato que previó esta fórmula heterocompositiva e impiden que los órganos judiciales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje. Los efectos del convenio arbitral positivo y negativo son inseparables en cuanto conforman las dos caras de la misma moneda en razón de la naturaleza compleja del convenio arbitral, contractual y procesal a un tiempo<sup>22</sup>. Tanto la posibilidad de obligar a una de las partes a acudir al arbitraje como la exclusión de la competencia de los tribunales ordinarios para conocer el asunto derivan de la existencia misma del convenio. La producción de estos efectos está subordinada a la validez del mismo.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha pronunciado en relación con el efecto positivo del convenio, así el Tribunal Supremo mediante sentencia de 25 de mayo de 1979 manifestó: “Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral”<sup>23</sup>.

Por su parte, el efecto negativo del convenio arbitral impide que los tribunales conozcan de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje. Tal efecto negativo se encuentra reconocido no solo en la Ley arbitral vigente sino también en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York y en el artículo VI del Convenio de Ginebra<sup>24</sup>. Ambos convenios reconocidos y celebrados por España por tanto forman parte de su ordenamiento interno. Expresamente el artículo 11.1 de la vigente Ley de

21 LEÓN - SANZ, JOSÉ FRANCISCO, artículo 9º, En: ARIAS LOZANO, DAVID, *Comentarios a la Ley...., op. cit.*, págs. 95-99.

22 ARTUCH - IRIBERRI, ELENA, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997. pág. 229.

23 Sentencia citada por, CORDÓN MORENO, FAUSTINO, En: *Proceso civil de declaración*, Ed. ARANZADI, PAMPLONA, 1996, pág. 165.

24 BARONA - VILAR, SILVIA, *Solución extrajudicial de conflictos*, Ed. Tiran lo blanch, Valencia, 1999. pág. 222.

arbitraje española 60 del 2003 dispone: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado *e impedirá a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*”. Este efecto negativo del convenio se traduce en excluir el ejercicio de la potestad jurisdiccional del conflicto que por voluntad de las partes fue sometido a arbitraje siempre y cuando la parte interesada en que subsista el convenio lo invoque mediante la declinatoria, ya que el efecto negativo no opera automáticamente, se precisa que las partes lo hagan valer, el juez de oficio no puede apreciar su existencia. La facultad de excluir la jurisdicción es una auténtica carga procesal para quien desea la subsistencia del arbitraje.

De acuerdo con LORCA NAVARRETE: “En la vigente Ley de arbitraje la eficacia del convenio arbitral a través de la declinatoria ha ganado en transparencia y proyección legislativa y jurisprudencial, constituyéndose en uno de los mecanismos más importantes que sustentan el favor *iuris* del legislador en torno al arbitraje. Conjuntamente con la proyección negocial y sustantiva del convenio arbitral surge la procesal y, mediante esta última, el mecanismo que hace declinar la competencia de los órganos jurisdiccionales estatales que conocen del asunto sometido a arbitraje”<sup>25</sup>.

Así, la declinatoria se convierte en el escudo protector de los efectos del convenio arbitral, a través de la misma ley pretende evitar conductas temerarias o de mala fe de alguna de las partes contratantes que acuden ante los jueces o tribunales estatales a resolver una controversia a sabiendas de que la misma se encuentra sometida a arbitraje como una táctica dilatoria del procedimiento arbitral. Precisamente el efecto negativo del convenio para excluir del conocimiento de los jueces civiles las controversias sometidas a arbitraje es lo que le otorga la eficacia al mismo, porque el solo hecho de que exista el convenio no va excluir la jurisdicción de los jueces, para que esta exclusión opere se requiere que a instancia de la parte interesada (demandado) se promueva la declinatoria. Toda vez que “no es la existencia del convenio arbitral la que excluye la jurisdicción ordinaria, sino la positiva declaración de voluntad de la parte a quien interese excluir la jurisdicción civil, invocando formalmente mediante la declinatoria la existencia del convenio arbitral”<sup>26</sup>.

La actual Ley de arbitraje ha reforzado la eficacia excluyente de la jurisdicción acotando más que la anterior la competencia judicial en el arbitraje en beneficio de mayores facultades para los árbitros, de hecho se considera que el artículo 7° de la Ley de arbitraje es un corolario del efecto negativo del convenio al ordenar: “*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo*

25 LORCA - NAVARRETE, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 115.

26 BERNARDO - SAN JOSÉ, ALICIA. *op. cit.*, pág. 69.

en los casos que esta así lo disponga”. No obstante lo indicado, la exclusión de la jurisdicción ordinaria no es total, como se explica en la doctrina, el arbitraje para su efectividad y buen desarrollo necesita del auxilio y apoyo de los órganos jurisdiccionales al carecer los árbitros de *imperium*. En menor medida, pero se sigue requiriendo el auxilio judicial en los supuestos en que la ley autoriza y estos son: el nombramiento judicial de los árbitros (LA, art. 15.3); la remoción de los mismos (art. 19.1); la adopción judicial de medidas cautelares (art. 23.2); la asistencia para la práctica de pruebas (LA, art. 33); la anulación y revisión del laudo (LA, art. 42); la ejecución forzosa de este (LA, art. 44) y el exequátur de laudos extranjeros (LA, art. 46).

El apoyo y control que jueces y tribunales prestan a los árbitros es en aras de que el procedimiento arbitral se desarrolle con eficiencia, sin contratiempos y cumpla con los objetivos para los cuales fue instituido, con ello se garantiza que la resolución final que emita el árbitro sea ejecutada. A sabiendas de que una defectuosa administración de justicia pueda originar un arbitraje postergado lo cual no es nada deseable. A tal efecto, el auxilio que prestan los órganos jurisdiccionales debe ser eficiente para no entorpecer el ejercicio del arbitraje y facilitar su buen funcionamiento.

### **3.2. El convenio arbitral y la tutela cautelar**

El criterio asumido por la ley en el sentido de que las medidas cautelares efectuadas por los tribunales estatales son compatibles con el convenio arbitral viene a poner punto final a las inquietudes que se plantearon en la doctrina diciendo que la solicitud de tales medidas ante la jurisdicción estatal antes del inicio de un procedimiento (*ante causam*), o durante su pendencia implicaba una renuncia tácita al convenio arbitral. La nueva ley claramente dice que esto no es así<sup>27</sup>. Por consiguiente, del contenido del artículo 11.3 de la ley en comento se deduce: a) el reconocimiento de que la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje; b) la convivencia del convenio con la posible tutela cautelar y; c) que la tutela cautelar judicial se puede adoptar con anterioridad o durante la tramitación de las actuaciones arbitrales y después de dictado el laudo.

Tal y como se plantean las cosas en la nueva ley, la adopción de medidas cautelares en el arbitraje pueden realizarse en una doble vía; una de ellas es ante

---

27 La adopción de medidas cautelares efectuada por un tribunal en una controversia sometida a arbitraje ya era posible bajo la vigencia de la anterior Ley 36 de 1988 a la luz de lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000. Aun así es mejor que la propia legislación arbitral prescriba esta cuestión, tal y como lo hace la nueva Ley arbitral en sus artículos 8.3 y 23 (este último artículo sobre las medidas adoptadas por los árbitros).

los jueces; las partes aun cuando no se hayan designado los árbitros pueden acudir a un juez a demandar medidas cautelares (*ante causam*), también pueden solicitarlas ante este órgano jurisdiccional durante la tramitación de las actuaciones arbitrales. La segunda posibilidad es que, una vez designados los árbitros, se soliciten ante ellos, salvo que existiera un acuerdo en contrario entre las partes excluyendo la potestad arbitral para la ordenación de medidas cautelares (LA, art. 23). Una buena explicación de esta potestad compartida la proporciona la exposición de motivos de la ley al indicar: “*la potestad arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal*”. De lo anterior es de observarse que la potestad ejecutiva de las cautelas queda evidentemente en manos de los jueces que son los que gozan de *imperium* necesario para su ejercicio, toda vez que los árbitros únicamente están facultados para adoptar las medidas cautelares, pero serán los jueces quienes las ejecuten.

El órgano jurisdiccional competente para la adopción de dichas medidas cautelares tendientes a asegurar la efectividad del laudo lo será el tribunal del lugar donde el laudo deba ser ejecutado y en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (LA, art. 8.3). Con respecto a esto, en la doctrina se reprocha la falta de claridad y la indeterminación de la Ley de arbitraje al remitir a lo que prevé el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, ello no impide entender que el órgano judicial competente objetivamente hablando de ordenar las medidas cautelares lo será el juzgado de primera instancia (donde el laudo deba ser ejecutado o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia)<sup>28</sup>. De hecho, en procedimientos arbitrales desarrollados en el extranjero también podrá solicitar a los tribunales españoles medidas cautelares en virtud de lo dispuesto en el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>29</sup>.

Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares serán los mismos que se exigen para toda tutela cautelar, estos son *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y el otorgamiento de caución por la parte que solicita la medida “para responder de manera efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado” (LEC, art. 728.1,

28 En este sentido se manifiestan Espada - Méndez, Alfonso, artículo 8º, En: *Arias Lozano, David, Comentarios a la Ley...., op. cit.*, págs. 77 y 78. De igual forma Barona - Vilar, Silvia (coord.), *Comentarios...., op. cit.*, pág. 282. Incluso esta última autora va más allá expresando: “cuando las medidas cautelares en arbitraje versen sobre cuestiones referidas a las letras a), b), c), d) y f), del artículo 86 ter.2 LOPJ, tales medidas cautelares serán competencia de los juzgados de lo mercantil.

29 En cuanto a las medidas cautelares solicitadas en apoyo de un proceso arbitral desarrollado en el extranjero a falta de normativa interna al respecto, se estará a lo dispuesto en los convenios y tratados que vinculen a España en la materia. Al efecto, el artículo VI 4 del Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial señala: “Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”. Vid. Barona - Vilar, Silvia (coord), *Comentarios... , op. cit.*, págs. 843 a 845.

.2 y .3). En el arbitraje la caución cumple una función importante sobre todo en las medidas *ante causam*, por la inseguridad jurídica que esta indeterminación temporal provoca<sup>30</sup>.

En definitiva, las disposiciones que establece la ley para la tutela cautelar en el arbitraje es uno de sus grandes aciertos. Con este régimen se despejan muchas de las interrogantes que se formularon bajo la vigencia tanto de la Ley arbitral anterior como de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1 del 2000. Independientemente ante quien se solicitan las medidas cautelares, lo realmente importante es que puedan adoptarse porque de esta forma el arbitraje se erige como un verdadero equivalente jurisdiccional.

#### 4. Procedimiento arbitral

Según se desprende de la ley, el procedimiento al que habrán de ajustarse los árbitros hasta el dictado del laudo es el que convengan libremente las partes, por consecuencia, el procedimiento es susceptible de modificarse en todo momento según lo determinen la partes, ellas ostentan el poder de definir la estructura, el tiempo y forma de realización de las actuaciones arbitrales, estas pueden determinarse en el convenio arbitral o bien, a través de acuerdos posteriores, la ley deja claro que existe libertad de forma en el procedimiento<sup>31</sup>. Así, la piedra angular sobre la que se asienta el arbitraje al tenor de la nueva ley es el principio dispositivo que se traduce en el hecho de que la autonomía de voluntad de las partes irradia todas las actuaciones arbitrales cuyos límites lo imponen los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Del mismo modo, se debe tener en cuenta otros principios procedimentales técnicos tales como: el principio de confidencialidad, el principio de intermediación de los árbitros y el principio de rogación y aportación de parte con respecto a las alegaciones (LA, arts. 24, 25, 29 y 30)<sup>32</sup>. Podríamos concretar diciendo: si nada han acordado las partes en cuanto al procedimiento, ni se trata de un arbitraje institucional, por tanto, se deduce que el arbitraje será *ad hoc*, ya sea de derecho como si es de equidad, interno e internacional que se desarrolle en España. En tales supuestos los arbitrajes se guiarán por las normas reguladoras del procedimiento arbitral contenidas en el título IV de la Ley de arbitraje, denominado “sustanciación de las actuaciones arbitrales”, comprendido dentro de los artículos 24 al 33.

30 MARTÍNEZ - GARCÍA, ELENA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1ª del 2000*, de enjuiciamiento civil, Ed. TIRAN LO BLACH, VALENCIA 2002. pág. 206.

31 CUBILLO LÓPEZ, IGNACIO, artículo 24, en Hinojosa Segovia, Rafael, *Comentarios... op. cit.*, pág. 131.

32 Tanto los principios esenciales de igualdad, audiencia, contradicción y confidencialidad, como los principios dispositivos de mediación y aportación de parte se analizaron en el número VI, del segundo capítulo de esta tesis, para confrontar su contenido remítase a este apartado.

Al efecto, en primer lugar se estará a lo pactado por las partes sobre las diferentes etapas del procedimiento, tanto si lo realizan directamente por acuerdo entre ellas, como si se sujetan a lo que fijen las reglas procedimentales contenidas en el reglamento de la institución que administre el arbitraje respectivo, al considerar la ley que tales reglamentos arbitrales integran la voluntad de las partes (LA, art. 4. b)); en segundo lugar, ante el silencio de las partes, los árbitros con sujeción a las disposiciones de la ley serán los encargados de fijar el procedimiento, nombrar peritos, citar testigos y en general decidir sobre los aspectos relativos a las pruebas, establecer los plazos, determinar el carácter oral o escrito del procedimiento al poder decidir si celebran o no audiencia para la presentación de alegaciones, para la práctica de pruebas y emisión de conclusiones, o si, por el contrario, las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. Fijarán el lugar y el idioma del arbitraje, incluso podrán dar por terminadas las actuaciones sin necesidad de dictar laudo, cuando la demanda no se presenta en el plazo y oído el demandado, este, a su vez, manifieste su voluntad de no seguir adelante con pretensión alguna, o bien cuando las propias partes den por terminadas las actuaciones o cuando los árbitros comprueben que la prosecución de las mismas resulte innecesaria e imposible (LA, arts. 31. a) y 38.2). En pocas palabras, en ausencia de la voluntad de las partes, los árbitros ostentan un amplio poder de impulsión y dirección del arbitraje. Actuarán respetando no solo la Ley arbitral sino también otras normas imperativas que puedan tener trascendencia en el desarrollo del procedimiento y teniendo siempre presente los tres principios fundamentales: el de contradicción y audiencia que a su vez derivan en el principio de igualdad al estar obligado el árbitro a proporcionar un trato igualitario a las partes<sup>33</sup>.

En general, la forma de las actuaciones arbitrales es flexible, se rige por la voluntad de las partes, o en su ausencia serán los árbitros quienes determinen si predomina más la oralidad o la escritura. No obstante, basta que una parte solicite la celebración oral de alguna actuación para que se proceda a ella. A falta de acuerdo entre las partes, se deduce de la ley que la forma del procedimiento arbitral podría ser de la siguiente manera: a) fase de alegaciones, escrita; b) fase de prueba, mixta (dado que para determinadas pruebas como la pericial y testimonial se requiere la forma oral; c) la fase de conclusiones que bien podría entenderse que se trata de un acto oral; d) el laudo deberá constar por escrito (LA, arts. 29, 30.1, 32.2 y 37)<sup>34</sup>.

Ahora bien, el inicio del arbitraje lo marca expresamente el artículo 27 de la ley en comento al decir: “salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, se considera la del inicio del arbitraje”. En un arbitraje *ad hoc* este

33 MERINO - MERCHÁN, JOSÉ FRANCISCO, *Estatuto y responsabilidad del árbitro: Ley 60 del 2003, de arbitraje*, Ed. Aranzadi Pamplona, 2004. págs. 108-114.

34 CUBILLO - LÓPEZ, IGNACIO, artículo 30, en Hinojosa Segovia, Rafael, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004. pág. 153.

inicio se entiende una vez que la parte demandante a quien le interesa echar a andar el engranaje arbitral curse un requerimiento a la contraparte (demandado), comunicándole su decisión de resolver la controversia mediante el arbitraje pactado, requiriéndole así mismo para que designe árbitro según lo acordado o, en su defecto, se proceda a la designación judicial del mismo, a partir de que el demandado recibe tal requerimiento se tiene por iniciado el procedimiento arbitral. En tanto, en un arbitraje institucional, el inicio se presume cuando la parte demandada recibe el requerimiento efectuado a través de la institución arbitral<sup>35</sup>. Según la exposición de motivos: “*a partir del momento en que una parte recibe el requerimiento de la otra se producen los efectos jurídicos inherentes al inicio aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia*”. Salvo acuerdo en contrario de las partes, se entiende que el requerimiento del demandante al demandado en un arbitraje *ad hoc* se realiza de forma escrita y este debe reunir los siguientes requisitos: “la manifestación de la voluntad del demandante de poner en marcha el arbitraje pactado, identificación de las partes y sus representantes legales, referencia al convenio arbitral, aludiendo al objeto del arbitraje aun cuando el mismo no esté determinado (ya que puede suceder que tal determinación se lleve a cabo de manera progresiva en los actos de alegación posteriores), las pretensiones y en su caso, la designación de los árbitros”<sup>36</sup>.

Establecer el momento concreto a partir del cual se tiene por comenzado el procedimiento es primordial, entre otras razones: para delimitar las partes, la integración del convenio arbitral (la integración solo opera en defecto de previsión expresa por las partes), saber cuál es la ley aplicable, saber si ha operado la prescripción y caducidad de las acciones, de lo contrario, desde este momento se interrumpen los plazos para su prescripción. Además, para desplegar sus efectos de pendencia el procedimiento arbitral.

#### **4.1. Lugar e idioma del arbitraje**

El idioma y lugar de las actuaciones arbitrales recobran una importancia práctica, en razón de que el lugar del arbitraje va a determinar el juez competente en las diferentes funciones de apoyo y control que la ley establece para el buen funcionamiento del mismo (nombramiento judicial del árbitro, práctica de la prueba, etc.). Por otro lado, el lugar del arbitraje no solo interesa en lo económico, sino también, porque determina que el lugar de emisión del laudo será el mismo que el del lugar de celebración del arbitraje, lo cual es relevante en arbitraje internacional, pues dependiendo de esto el arbitraje se calificará como interno o extranjero. Por lo demás, los árbitros tienen libertad para reunirse en cualquier otro lugar para

35 Ídem., artículo 27, pág. 141.

36 VILLELLAS - BERNAL, EDUARDO, artículo 27, En: Arias Lozano, David, *Comentarios a la Ley... op. cit.*, pág. 271.

efectuar deliberaciones sobre las diferentes etapas del procedimiento,” se trata de actuaciones de carácter secreto, en las que no inciden la voluntad de las partes, pero una vez que se adopte la deliberación, esta se dictará en el lugar del arbitraje (LA, 26.2)<sup>37</sup>. En cuanto al idioma, conforme lo estipula la ley, el arbitraje puede efectuarse en uno o más idiomas según lo decidan las partes o en su defecto lo acuerden los árbitros, la regla que se va a seguir es que los escritos generados en el procedimiento se realizarán en el(los) idioma(s) acordado(s), en tanto los documentos e interrogatorios, si no hay oposición de parte, podrán aportarse en idioma distinto sin necesidad de traducción, siempre que ello no perjudique a alguna de las partes (LA, art. 28).

#### **4.2. Notificaciones y cómputo de los plazos en el procedimiento arbitral**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, según dispone la ley, las actuaciones arbitrales se tienen por notificadas al destinatario el día que personalmente la recibe (la parte o su representante) o la recibe “por cédula” al entregársela a cualquier persona que en su nombre la recoge en el domicilio o residencia habitual, establecimiento o dirección a efectos del juicio arbitral. Igualmente, será válida la notificación que se realice por cualquier medio de comunicación telemática ” o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción”. En defecto de todas las anteriores y tras una indagación razonable de estos lugares, “se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento (persona jurídica) conocidos del destinatario” (LA, art. 5º). En relación con los plazos en el procedimiento, estos se computan al día siguiente de la recepción de la notificación o comunicación (*dies a quo*). Si coincide la expiración del plazo con un día festivo, el plazo se extiende hasta el siguiente día laborable (*ad quem*). Es de observarse que la ley atiende más a la remisión que a la recepción, toda vez que se tiene por recibido en tiempo el escrito en cuestión, si su remisión se realiza dentro del plazo concedido, “aunque la recepción se realice con posterioridad”, con ello la ley se abre a forma de comunicación como el *buropfax* o el correo administrativo entre otras, cuya remisión es anterior a su recepción material. A diferencia de lo que sucede en los juicios ordinarios que los plazos se calculan en días hábiles, en el procedimiento arbitral “los plazos establecidos por días se computarán por días naturales” (LA, art. 5º b)).

#### **4.3. Fase de alegaciones**

37 CUBILLO - LÓPEZ, IGNACIO, artículo 26, en Hinojosa Segovia, Rafael, *Comentarios... op. cit.*, pág. 139.

La demanda y contestación de las partes contendrán las alegaciones respectivas de cada una de ellas. En defecto de previsión por las partes, la ley indica que deben realizarse dentro del plazo convenido o en su defecto en el plazo determinado por los árbitros. Formulándose en el siguiente sentido: “el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y sus pretensiones, en tanto el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda” y junto a ello puede oponer las excepciones que considere pertinentes, puede alegar en su contestación hechos nuevos distintos a los alegados por el demandante; así mismo, según indica la exposición de motivos, puede llegado el caso “reconvenir”, siempre que su pretensión se refiera a la misma relación jurídica sobre la que versa el arbitraje por el cual se le demanda (LA, art. 22)<sup>38</sup>. Es potestativo de las partes acompañar a sus alegaciones los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a ellos o a otras pruebas. Lo normal es que a las alegaciones (demanda y contestación) se incluya la proposición de medios de pruebas, esto es, documentos materiales de prueba que afectan al fondo (LA, art. 29). Es obligatorio correr traslado a la contraparte de todos los documentos e instrumentos de pruebas aportados con la demanda y contestación (LA, art. 30.3). Al no precisarse con exactitud la forma de las alegaciones, se entiende que las mismas pueden ser orales o escritas aunque en la práctica hay mayor inclinación por esta última, pero, nada impide que las partes convengan que la comparecencia se efectúe de forma verbal ante los árbitros, en tal supuesto las partes serán citadas con suficiente antelación a la audiencia y podrán intervenir en ella, directamente o por medio de sus representantes (LA, art. 30.2). Del mismo modo las alegaciones pueden ser sucesivas o si lo acuerdan las partes, simultáneas, lo único como lo venimos repitiendo es que se respeten los principios de audiencia, contradicción e igualdad, pues sea cual sea el diseño del procedimiento, lo relevante es que se oigan los argumentos de las partes y se respete su derecho tanto para proponer como para practicar los medios de pruebas a fin de acreditar sus pretensiones y excepciones. Al mismo tiempo, la ley autoriza *ex lege* las alegaciones, por ende, las partes podrán ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales incluso en las alegaciones finales, salvo cuando el árbitro considere injustificada la demora. Si los árbitros admiten la modificación, ampliación o introducción de nuevas pretensiones extemporáneas, deberán conceder a la contraparte la posibilidad de defenderse, salvaguardando así el principio de igualdad entre las partes (LA, art. 29.2)<sup>39</sup>. Lo que sí se deja claro es que la presentación de la demanda debe realizarse dentro del plazo convencional o el determinado por el árbitro, de lo contrario, precluye su derecho y se darán por terminadas las actuaciones al tenerse por desistido el ejercicio de su acción, al menos que, oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna

38 La ley no indica literalmente que el demandado pueda reconvenir, pero esta posibilidad se menciona en la exposición de motivos de la ley, así como en su artículo 4.3. c).

39 MUNNÉ - CATARINA, FREDERIC, *El arbitraje en la Ley 60/2003: una visión práctica para la gestión eficaz de los conflictos*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. págs. 134-136.

pretensión, con esta audiencia al demandado se persigue que dote de objeto al arbitraje, es decir, que por su parte sostenga pretensiones contra la parte que envió el requerimiento, de lo contrario, el arbitraje debe terminar al carecer de objeto. Efecto distinto produce el hecho de que el demandado no contesta la demanda en tiempo, dado que las actuaciones seguirán su curso hasta el dictado del laudo, sin que la rebeldía del demandado presuponga “el allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante” (LA, art. 31. a), b))<sup>40</sup>.

#### **4.4. Fase probatoria**

La fase probatoria al igual que todo el procedimiento está presidida por la máxima libertad para las partes y para los árbitros. Estos últimos, a falta de acuerdo entre las partes, ostentan una gran libertad para decidir sobre “admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio y sobre su valoración” (LA, art. 25.2). La ley no contiene una enumeración de los medios de pruebas que pueden esgrimir las partes, no obstante, sabemos que se pueden admitir aquellos cuya obtención sea lícita y en su práctica se respeten los principios rectores del proceso arbitral, a *contrario sensu* no se puede admitir como prueba “cualquier actividad prohibida por la ley”. De igual forma el árbitro debe denegar la práctica del medio de prueba en los casos de impertinencia, inutilidad e improcedencia. Por otro lado, se tendrá en cuenta que algunas pruebas como la testimonial, interrogatorio de partes, pericial y el examen o reconocimiento de personas o cosas pueden efectuarse en lugar distinto del de la sede del arbitraje (LA, 26.2). La ley alude expresamente a la prueba pericial indicando que los peritos pueden ser nombrados a instancia de parte o de oficio por los árbitros. La forma en que se practique esta prueba puede ser documental sujeta al principio de escritura, valoración libre y sana crítica, pero en defecto de voluntad de las partes el árbitro puede acordar que la prueba pericial se realice de forma contradictoria a través de una audiencia en la que los peritos respondan los cuestionamientos de los árbitros y de las partes. Al mismo tiempo, los árbitros pueden requerir a las partes para que pongan a disposición de los peritos la información, documentos u objetos necesarios para la emisión del dictamen. Los árbitros están obligados a citar con antelación a las audiencias en que se realizará la práctica de pruebas y celebrarán tantas como requieran las partes; así mismo, pondrán a disposición de las partes los documentos o dictámenes u otros instrumentos en que pueda fundar su laudo (LA, art 30). Por su parte, los árbitros de oficio pueden acordar pruebas con el fin de indagar en la verdad material que conlleve a la mejor solución de la

40 De acuerdo con Cucarella Galiana, el rebelde que no comparece a juicio arbitral por motivos fundados en que no tuvo conocimiento del mismo por error o defecto en la notificación o porque causa de fuerza mayor no pudo contestar la demanda, puede atacar el laudo interponiendo la acción de anulación al amparo del motivo previsto en el artículo 41.1 b) de la Ley arbitral. CUCARELLA - GALIANA, LUIS ANDRÉS, *El procedimiento arbitral* (Ley 60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje), Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004. págs. 163 y 164.

*litis*, claro está que esta iniciativa probatoria la ejercerán los árbitros con mesura, solo cuando se han practicado las admitidas a las partes y aún existen dudas con respecto a los hechos que se pretenden probar<sup>41</sup>. Esta facultad que ostentan los árbitros es un equilibrio a la inactividad de alguna de las partes, por ello la ley señala que la falta de presentación de pruebas por una de las partes no impide a los árbitros “continuar con las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan” (LA, art. 31. c))<sup>42</sup>. En ocasiones la práctica de pruebas se dificulta o existe reticencia para su desahogo, en tal supuesto, tanto los árbitros como cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar la asistencia judicial para que se ejecute su práctica o para que se adopten medidas pertinentes para que la prueba pueda ser practicada por los árbitros. La solicitud a tal fin se dirige al órgano judicial competente (juzgado de primera instancia o el del lugar donde se requiera la asistencia LA, arts. 8.2 y 26). Para la práctica de la prueba solicitada el juez procederá conforme a las reglas LEC, sin juzgar si la prueba es pertinente o útil, únicamente puede negarse a practicarla cuando entienda que la misma es contraria a derecho. Finalizadas la asistencia y práctica de la prueba, “el juez entregará testimonio de las actuaciones al solicitante”. Estas actuaciones se adjuntan a los autos del proceso arbitral, pues resultan fundamentales para que el árbitro forme su convicción en cuanto al sentido que le dé al laudo (LA, art. 33.2)<sup>43</sup>.

#### **4.5. Fase de conclusiones**

La ley es escueta al regular la fase de conclusiones, les corresponde a las partes, o en su defecto a los árbitros, decidir si tras la práctica de las pruebas es necesaria su apertura o no, y la forma en que la misma se sustanciará. Lo normal es que, finalizada la fase de pruebas, se celebre audiencia para que las partes expongan sus conclusiones, resalten sus pruebas, critiquen las pruebas aportadas por su contraria y expongan sus tesis jurídicas mantenidas. Esta fase de conclusiones también puede realizarse por escrito, si así lo acuerdan las partes (LA, art.30).

### **5. El Laudo arbitral y su impugnación**

Desarrolladas las distintas etapas antes señaladas, lo habitual es que el procedimiento arbitral termine con la emisión del laudo que pone fin a la controversia. No obstante, puede acontecer que la terminación de las actuaciones sobrevenga de manera distinta. Por eso, cuando no se llega al dictado del laudo, la ley con base en el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, reconoce otras formas de

41 CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS, *op. cit.*, pág. 136.

42 cfr. SAP Madrid 14 de septiembre 1990, RGD núms. 556-557, págs. 461 y ss.

43 CORDÓN - MORENO, FAUSTINO, *op. cit.*, pág. 215.

terminación anormal del arbitraje (acuerdo entre las partes, desistimiento, etc., LA, arts. 37. 38.2)<sup>44</sup>.

Los laudos que ponen fin al procedimiento pueden ser de dos tipos: 1) De fondo; son aquellos en los que hay un pronunciamiento sobre el objeto arbitral. El sentido de estos laudos puede ser estimatorio o desestimatorio en la pretensión interpuesta por el actor. 2) De absolución en la instancia; en ellos el árbitro se limita a poner fin al arbitraje sin pronunciarse sobre el fondo al faltar algún presupuesto o requisito que le impide hacerlo (cfr. LA, arts. 22.1 y .3).

Podría decirse que el contenido del laudo puede ser meramente declarativo, constitutivo o de condena, según la pretensión ejercitada por el actor. Otro aspecto que se debe tener en cuenta es que, una vez dictado el laudo por los árbitros, cesa su mandato, porque a partir de ese momento finaliza la competencia del árbitro salvo en lo correspondiente a la notificación del laudo que deberá hacerse a las partes o en el supuesto de que alguna de ellas solicite su corrección, aclaración o complementación. Lo cierto es que las actuaciones posteriores (anulación y ejecución del laudo) corren a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes (LA, art. 38.1)<sup>45</sup>.

La nueva ley invierte la regla a favor del arbitraje de derecho, en consecuencia, si no existe acuerdo expreso de las partes que indique que el arbitraje se resolverá en equidad, se entiende que la controversia se solucionará conforme a derecho, por tanto, los árbitros al emitir su veredicto deberán adecuar las pretensiones de las partes al ordenamiento jurídico<sup>46</sup>. Además, “Si las partes se someten a un arbitraje de equidad y al tiempo designan un derecho aplicable, los árbitros no pueden ignorar estas normas, por el contrario, tendrán que tomarlas en cuenta al momento de resolver” (exposición de motivos apartado VII).

Salvo disposición en contrario de las partes, cuando el laudo deba ser dictado por un colegio arbitral se adoptará por mayoría, de no existir mayoría, la decisión será tomada por el presidente, incluso tal decisión puede ser distinta a la sostenida por los demás árbitros, aunque lo deseable es que el presidente junto con los demás árbitros concierten el resultado, a fin de obtener una decisión justa, imparcial y mayoritaria, de lo contrario, estaríamos hablando de un conflicto que en teoría debió ser resuelto por un órgano colegiado, en la práctica se solucionó por un órgano

44 CUCARELLA - GALIANA, LUIS ANDRÉS, *op. cit.*, págs. 193-203.

45 CORDÓN - MORENO, FAUSTINO, *op. cit.*, 156, pág. 226.

46 En lo que respecta al arbitraje internacional, los “árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas elegidas por las partes”. De lo anterior se deduce que inclusive los árbitros pueden fundamentar su decisión en principios generales del derecho o *lex mercatoria*, sin necesidad de acudir a un concreto ordenamiento jurídico nacional si así lo acuerdan las partes (LA, art. 34.2).

unipersonal (LA, art. 35)<sup>47</sup>. Entre los requisitos sustanciales que el laudo arbitral debe contener podemos enumerar los siguientes: a) congruencia con las alegaciones y peticiones realizadas por las partes; b) motivación, esto es, se explicarán las razones y la operación intelectual seguida por el(los) árbitro(s) para motivar tal resultado, que a su vez impide pensar que la decisión adoptada es producto de la arbitrariedad. Indicando asimismo la valoración que se hizo de la actividad probatoria. No obstante este requisito, el laudo podrá dejarse sin motivación cuando así lo acuerden las partes o cuando el procedimiento termine por acuerdo entre ellas en los términos del artículo 36 de la ley citada; c) límite temporal, el laudo deberá emitirse dentro del plazo convencional establecido por las partes o en su defecto dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o expirado el término para hacerlo. Este plazo para la emisión del laudo puede ser prorrogado justificadamente por los árbitros en un término no superior a dos meses siempre y cuando no exista acuerdo en contrario de las partes. La ley deja claro que el convenio arbitral pervive aun cuando se declare la extemporaneidad del laudo (LA, art. 37.2). Por lo demás, el laudo deberá pronunciarse sobre las costas indicando a quién le corresponde abonarlas, el monto total de las mismas, pues incluye los honorarios y gastos de los árbitros, defensores y representantes de las partes y los servicios prestados por la institución administradora del arbitraje y demás gastos originados en el procedimiento arbitral (LA, art. 37 6).

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de forma, es de señalarse que acorde con la libertad procedimental seguida por la nueva ley, las partes tienen la última palabra en cuanto a la forma que arropará el laudo, pero si las partes nada indican al respecto, el fallo sobre la cuestión litigiosa podrá estar contenido en un solo laudo o en tantos laudos parciales como sean necesarios. Asimismo, el laudo deberá constar por escrito, redactado según el idioma del arbitraje y poseer las firmas de la mayoría de los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discordante. En ausencia de estas firmas bastará la signatura del presidente<sup>48</sup>. Además, en tal escrito constará la fecha en que se ha dictado y el lugar del arbitraje, este último requisito es importante para determinar el órgano jurisdiccional competente tanto en la ejecución como en la impugnación de configurarse tales supuestos. En resumidas cuentas, aun cuando la ley no enumera todos los requisitos formales que el laudo debe contener, vale decir que el mismo debe incluir todos aquellos datos útiles con el fin de evitar su posible anulación y poder desplegar los efectos de cosa juzgada (LA, art. 37 .5). Otra novedad de esta ley es la eliminación del requisito de protocolización notarial del laudo arbitral, no obstante, cualquiera de las partes podrá solicitar al árbitro dicha protocolización notarial, antes de la notificación del mismo, corriendo a su

47 FORTÚN - COSTEA, ALBERTO, artículo 35, En: HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, *Comentarios... op. cit.* pág. 175.

48 “Conforme a la ley se entenderá que el laudo consta por escrito cuando queda constancia de su contenido y firmas y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” (LA, art. 37.3,II).

costa los gastos que ello genere (LA, art. 37 .8)<sup>49</sup>. Una vez firmado el laudo por los árbitros, deberá ser notificado a las partes en la forma y en el plazo que estas hayan acordado o, en su defecto, mediante la entrega de un ejemplar a cada una de ellas en el que conste el laudo por escrito, la firma de los árbitros y la vigencia del plazo establecido por la ley para su emisión (LA, art. 37.7)<sup>50</sup>. El hecho de que la ley, a falta de plazo convencional, establezca el plazo de la notificación del laudo dentro del mismo plazo legal que el árbitro tiene para el dictado del laudo (6 meses ó 2 más de prórroga) ha suscitado diversas interpretaciones en la doctrina, incluso hay quien plantea que esta imprecisión de la ley junto con la eliminación de la protocolización notarial del laudo generan cierta inseguridad jurídica que bien pudiera ser aprovechada maliciosamente en la práctica aduciendo notificación extemporánea del laudo o que esta fue realizada habiendo cesado las funciones de los árbitros. Para no dar pie a este tipo de conductas fraudulentas, lo deseable es que la ley indique con precisión el plazo que el árbitro tiene para notificar el laudo a las partes<sup>51</sup>.

Finalmente, el laudo arbitral podrá ser impugnado a través de la acción de anulación y la revisión. Estos medios de impugnación permiten el control judicial del laudo, a fin de salvaguardar la tutela judicial efectiva. Se trata de un control externo, solo de legalidad, pues tal control es para evitar vicios en el procedimiento en laudos definitivos o injusticias manifiestas en laudos que alcanzaron la categoría de cosa juzgada. El órgano jurisdiccional no podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto, ni realizar una nueva valoración de las pruebas aportadas<sup>52</sup>. De tal forma que la acción de anulación solo procede por motivos tasados que en ningún caso permitirá una revisión de la aplicación del derecho. Vale indicar que la nueva ley arbitral ha dejado atrás el término “recurso” para sustituirlo por la locución “acción de anulación”. En tanto la revisión se esgrime contra el laudo firme, contra aquel que no procede acción de anulación ni recurso alguno<sup>53</sup>. En esencia, el control

49 CUCARELLA - GALIANA, LUIS ANDRÉS, *op. cit.*, págs. 179-184.

50 CORDÓN - MORENO, FAUSTINO, *op. cit.*, pág. 230.

51 FORTÚN COSTEA entiende que el plazo de notificación del laudo es posterior al plazo legal de 6 meses o su prórroga, de lo contrario se trastocaría el propio artículo 38 que establece dicho plazo para la emisión del laudo definitivo, pero que de ninguna manera alude a su notificación. Fortún Costea, Alberto, artículo 37, en HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, *Comentarios...* *op. cit.* pág. 187. Posición distinta asume Munné Catarina, Frederic, indicando que la notificación del laudo deberá hacerse dentro del término legal para laudar (6 meses ó 2 más de prórroga justificada) de lo contrario carecería de relevancia jurídica, se presumirá dictado fuera del plazo al ser mero documento privado cuya fecha no es oponible a tercero (vid. MUNNÉ CATARINA, FREDERIC, *El arbitraje en la Ley 60/2003: una visión práctica para la gestión eficaz de los conflictos*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. págs. 154-155). Finalmente Cerdón Moreno, expresamente comenta que la ley no señala plazo alguno para la notificación del laudo. CORDON MORENO, FAUSTINO, *op. cit.*, pág. 236.

52 BARONA - VILAR, SILVIA, *op. cit.*, pág. 1488.

53 CLAROS - ALEGRIA, PEDRO, artículo 43, En: Hinojosa Segovia, Rafael., *op. cit.*, pág. 247.

judicial del laudo en la ley vigente no presenta grandes cambios con relación a la legislación anterior.

## 6. Reflexión final

Los comentarios vertidos sobre la ley de arbitraje española reflejan la actual configuración del arbitraje en la nación española, aún es pronto para evaluar los resultados y operatividad de la ley en la práctica, dicha norma es objeto de análisis por parte de la doctrina que en general vierte un juicio favorable de su contenido con lógicos matices y puntualizaciones. Claro está, como toda obra humana, la ley es perfectible, por ello en su beneficio deberá mejorarse cualquier defecto que ponga de manifiesto la práctica arbitral. La doctrina señala que entre sus partes oscuras se encuentran: la posibilidad de que el árbitro participe en la decisión sobre su propia recusación, la brevedad del plazo para interponer la declinatoria, la parca regulación del *exequátur* de laudos extranjeros, el hecho de que la exposición de motivos deje en el tintero la importante jurisprudencia asentada por el tribunal constitucional en cuanto a que el arbitraje es un auténtico “equivalente jurisdiccional”<sup>54</sup>. Otro aspecto negativo es el giro hacia el arbitraje de derecho, pues de no existir acuerdo entre las partes el arbitraje se realizará conforme a derecho. De igual forma, se cuestiona la urgencia en la tramitación del proyecto de ley al considerar que ello repercutió en la omisión de algunas garantías formales y parlamentarias inherentes al procedimiento legislativo, se considera que la ley parte de un proyecto técnicamente bien elaborado, no obstante, su tramitación parlamentaria se efectuó sin escuchar a la sociedad española ni a los expertos prácticos en la materia<sup>55</sup>. Por otra parte, se comenta el descuido del arbitraje doméstico en favor del internacional, de antemano manifestamos que no es deseable tal desviación, lo adecuado es alcanzar el objetivo de la armonización internacional sin el menoscabo de la armonía interna. Aunado a ello, se critica que al acoger las normas de la ley modelo para solucionar cuestiones del arbitraje interno se copiarán sin más gran parte de sus soluciones, sin complementar, adaptarlas o actualizarlas, por lo que se prevén fricciones y problemas en el ámbito interno. Se cuestiona así mismo el hecho de que los árbitros solo respondan por mala fe, temeridad o dolo al estimar que deberían igualmente responder por culpa, negligencia o error. Como corolario de lo anterior, vale decir que a pesar de las críticas, los exégetas coinciden en que los defectos que pudiera tener la ley podrán ser fácilmente superados a través de la jurisprudencia.

54 El Tribunal Constitucional en diversas sentencias reconoce el arbitraje como equivalente jurisdiccional, algunas de estas sentencias son: STC 43/1988 de 16 de marzo, STC 74/1995 de 23 de noviembre, STC 176/1996 de 11 de noviembre.

55 MERINO - MERCHÁN, JOSÉ F. *Cuestiones de relevancia constitucional...*, art. cit., págs. 162 y 163.

## FUENTES DE CONSULTA

- ARIAS LOZANO, DAVID, *Comentarios a la Ley de arbitraje del 2003*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- ARTUCH IRIBERRI, ELENA, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997.
- BARONA VILAR, SILVIA (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje, (Ley 60/2003, 23 de diciembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 2004., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999, “artículo 66”, *El proceso civil* (Coord. Escribano Mora), vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- BERNARDO SAN JOSÉ, ALICIA, *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*, Ed. Comares, Granada España, 2002.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje en el derecho interno e internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995. *Proceso Civil de declaración*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996. *El arbitraje de derecho privado (estudio breve de la ley (60/2003, 23 de diciembre de arbitraje)*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, “Litispendencia y arbitraje”, En: *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ (Dir.), *Comentarios a la Ley 60 del 2003, 23 de diciembre, de arbitraje: doctrina, jurisprudencia, formularios, legislación*, vol. I y II, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- HINOJOSA SEGOVIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60 del 2003, 23 de diciembre, 1ª reimpresión*, Ed. IVADP, San Sebastián España, 2004.
- MARTÍNEZ GARCÍA HELENA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1ª del 2000, de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO, “El equivalente jurisdiccional”, En: *el Derecho Público Español*, Ed. CEPC, Madrid, 2002. *Estatuto y responsabilidad del árbitro: Ley 60 del 2003, de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004. , “Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, Ed. Asamblea de Madrid Servicio de Publicaciones, Madrid, junio 2004. págs. 157-168.
- MONTESINOS GARCÍA, ANA, *Arbitraje on line*, En: *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva Ley de arbitraje (con Ladrón De Guevara, Juan Burgos et al.)*, Ed. IVADP, San Sebastián, 2005. págs. 29-61.
- MUNNÉ CATARINA, FREDERIC, *El arbitraje en la Ley 60 del 2003: una visión práctica para la gestión eficaz de los conflictos*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimientos prearbitrales*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, en “Principios y funcionamiento de la Ley de arbitraje”, En: *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 26, septiembre-diciembre, Ed. EGAP, España, 2000. págs. 81-96.
- REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad)*, Ed.

Montecorvo, Madrid, 1991.

VEGA TORRES, JAIME, *Derecho procesal civil: proceso concursal, arbitraje* (con Díez-Picazo, Ignacio), Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.

## **JURISPRUDENCIA**

STS 6 de febrero del 2003 (RAJ 850).

STS 14 de septiembre del 2004 (RAJ 2724).

STS 2 de marzo del 2005 (RAJ 2724).

STC 174/1995 de 23 noviembre, BOE 28-11-1995.

STC 10430/2002 de 5 de diciembre.

