

Recibido: 30 enero 2019
Aceptado: 30 marzo 2019

Arbitraje, vol. XII, nº 1, 2019, pp. 109–134

Arbitraje y función jurisdiccional

Francisco RUIZ RISUEÑO *

Sumario: I. Arbitraje y jurisdicción. II. El equivalente jurisdiccional. III. Arbitraje y Constitución Española. IV. El convenio arbitral. V. El principio competencia de la competencia. VI. El principio de intervención mínima. VII. El auxilio judicial a la función arbitral.

Resumen: Arbitraje y función jurisdiccional

El arbitraje no es un modo de resolver las diferencias frente a la vía judicial, sino una alternativa a ésta. Una alternativa aconsejable con preferencia a la vía judicial a la que libremente podrán acudir quienes entiendan que se adapta mejor a sus condiciones o circunstancias. Solo de ese modo puede entenderse la función y el papel que debe cumplir el arbitraje y evitar frustraciones o desengaños, producido muchas veces por una confusión en su verdadero cometido. El árbitro no es un juez, ni desempeña una completa función jurisdiccional. El arbitraje no nace como sustituto de la función jurisdiccional, sino como una alternativa a la misma y, por tanto, no utilizarse como un remedio supletorio del judicial.

Palabras clave: ARBITRAJE – JURISDICCIÓN – CONVENIO ARBITRAL – PRINCIPIO COMPETENCIA COMPETENCIA.

Abstract: Arbitration and jurisdictional function

Arbitration is not a way to resolve disputes in the courts, but an alternative to it. An advisable alternative with preference to the judicial way to which freely they will be able to go to those who understand that it adapts better to their conditions or circumstances. Only in this way can the function and the role of arbitration be understood and frustrations or disappointments avoided, often resulting in confusion in its true meaning. The arbitrator is not a judge, nor does he perform a complete jurisdictional function. Arbitration does not arise as a substitute for the jurisdictional function, but as an alternative to it and, therefore, not be used as a remedy for judicial remedies.

Keywords: ARBITRATION – JURISDICTION – ARBITRATION AGREEMENT – KOMPETENZ – KOMPETENZ PRINCIPLE.

* Abogado del Estado. Árbitro. Secretario de CIMA.

I. Arbitraje y jurisdicción

Junto al tradicional monopolio judicial del Estado, a quien los distintos textos constitucionales atribuyen la función jurisdiccional de “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” (así, en España lo dispone el art. 117.3º CE), los particulares, representantes genuinos de la sociedad civil, han buscado, desde el propio Derecho romano, otras fórmulas alternativas, de carácter y naturaleza privada, para resolver sus controversias. La mediación, la conciliación, el corretaje y el arbitraje son manifestaciones de la búsqueda del ser humano por encontrar solución, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, a sus diferencias y conflictos privados. Todas ellas, con sus matices y diferencias, son manifestaciones de la libertad del individuo, que opta, en el legítimo ejercicio de dicha libertad, por resolver privadamente sus diferencias. La autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc) se constituye, por tanto, en la base, origen y punto de partida de dichas fórmulas de resolución de controversias. En su virtud, y a través del convenio arbitral, al que haremos referencia más adelante, las partes discrepantes acuden al arbitraje para resolver sus diferencias.

En esta colaboración haremos referencia, ya lo hemos anticipado, a una de esas fórmulas de resolución privada de conflictos, el arbitraje, que tiene como característica distinguible y más reseñable respecto de las otras fórmulas, la de encargar a un tercero, ajeno a las partes, la resolución de la controversia a través de un laudo, que produce los efectos de cosa juzgada, con la misma eficacia que una sentencia, susceptible solo de ser impugnado por medio de la acción de anulación ejercitable ante los tribunales de justicia competentes (en España el Tribunal Superior de Justicia perteneciente a la sede en que tuvo lugar el arbitraje). En todo caso, interesa resaltar que los motivos de la acción de anulación son tasados (art. 41.1º LA) y aluden fundamentalmente a defectos formales de especial transcendencia, sin que, en ningún caso, el tribunal de justicia pueda entrar a conocer del fondo del asunto, ni sustituir el “*iter racional*” seguido por el tribunal arbitral a la hora de dictar el laudo (principio de “*intervención mínima*”, al que después nos referiremos).

No obstante, es preciso resaltar algunas de las características que hacen del arbitraje un medio alternativo al judicial diferenciado de éste¹,

¹ M. Olivencia Ruiz, “Arbitraje, una justicia alternativa”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Libro conmemorativo de 25 años de CIMA* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 43–50: “... los protagonistas profesionales del tráfico mercantil (mercaderes, comerciantes,

que ofrece a la sociedad una posibilidad de resolución de conflictos distinta a la jurisdiccional y que, en consecuencia, enriquece y amplía las distintas vías a las que pueden acudir las partes a la hora de resolver sus diferencias. Al arbitraje no hay que considerarlo como un modo de resolver las diferencias “frente” a la vía judicial, sino como “una alternativa” a esta, al que libremente podrán acudir quienes entiendan que se adapta mejor a sus condiciones o circunstancias, haciéndolo aconsejable con preferencia a la vía judicial. Solo de ese modo puede entenderse la función y el papel que debe cumplir el arbitraje y de ese modo evitar frustraciones o desengaños, producido muchas veces por una confusión en su verdadero cometido, porque ni el árbitro es un juez, ni, en consecuencia, desempeña, como tendremos ocasión de comprobar, una completa función jurisdiccional. El arbitraje no nace como sustituto de la función jurisdiccional, sino como una alternativa a la misma y por tanto no debe plantearse como un remedio sustitutorio del judicial que tenga su razón de ser y como causa próxima el retraso y acumulación de asuntos en los juzgados y tribunales. Tal planteamiento es erróneo y desvirtúa la esencia del arbitraje que, como acabamos de afirmar, nace de la libre voluntad de las partes que, ante un conflicto presente o futuro, pactan resolver sus diferencias acudiendo a una fórmula alternativa a los tribunales de justicia, sencillamente porque la consideran idónea y adecuada al fin que persiguen.

Es evidente que existe un grave y no deseable retraso en la solución de los asuntos tramitados en los juzgados y tribunales de justicia y que a veces, y a pesar del esfuerzo y trabajo de los órganos jurisdiccionales, hay quienes buscan en el arbitraje el remedio rápido a una situación angustiosa y difícil. Pero no es menos cierto, que esa misma situación produce el efecto contrario, de suerte que no se incrementa el número de procedimientos arbitrales, por cuanto que las partes, sabedoras desde un principio que el conflicto y controversia va a producirse, evitan acudir al arbitraje dilatando en el tiempo la resolución del problema, que con certeza les será desfavorable. Y así, la rapidez y celeridad, características del arbitraje, pueden ser también en determinados supuestos un obstáculo para su utilización. Sin embargo, las notas y características del arbitraje hacen del mismo un modo de resolver controversias que justifican que cada vez vaya siendo más frecuente acudir al mismo como modo alternativo de resolverlas. Notas y características a alguna de las cuales haremos referencia más adelante.

empresarios...) siempre han buscado alternativas a la jurisdicción ordinaria para resolver los litigios originados en el ejercicio de su actividad propia”.

En todo caso, la función del árbitro nace y se ejerce por la libre voluntad de las partes, constituyendo dicha voluntad el principio, límite y fin de su encomienda. Por tanto, la función arbitral no es solo una delegación de la función jurisdiccional del Estado, sino también el resultado de la libre voluntad de las partes, a la que el legislador reconoce y regula. De ahí, que por mor de esa voluntad, reconocida por el legislador ordinario, el árbitro desempeña una función jurisdiccional concretada en la labor de juzgar (lo que no es baladí), pero sin que tenga las potestades de ejecución, que la Constitución reserva en exclusiva a los jueces, por tener los mismos el *imperium* o potestad de ejecución derivada directamente de la propia Constitución. En efecto, al ser el Estado el titular del poder de coacción se hace necesaria su intervención para llevar a puro y debido cumplimiento los laudos dictados por los árbitros cuando la parte afectada por el mismo se niega a dicho cumplimiento. Al árbitro le compete dictar el laudo que pone fin a la controversia, pero no tiene potestad para ejecutarlo, potestad que corresponde a los tribunales de justicia.

Pues bien, es preciso resaltar, como primera nota o característica del arbitraje, cuál es la función o cometido del tribunal arbitral encargado de conocer y resolver la controversia, función que queda delimitada por la propia naturaleza del arbitraje y el encargo recibido de las partes, y que no es otra que resolver el caso concreto (la discrepancia) sometido a su consideración. El tribunal arbitral, sea unipersonal o colegiado, debe limitarse a resolver la controversia sometida a su conocimiento a la vista del Derecho (arbitraje de Derecho) o principios generales o éticos (arbitraje de equidad) aplicables al caso, sin entrar en otras consideraciones (*v.gr.*, validez o constitucionalidad de la norma), ni extender más allá de la controversia suscitada el ámbito de su actuación.

En íntima conexión con lo dicho, otra de las características del arbitraje, es que la función del árbitro nace y se extingue con la controversia sometida a su consideración. Nace con su nombramiento y aceptación y finaliza al dictar el laudo. Nombramiento que se hace para cada arbitraje concreto, no existiendo, a diferencia de lo que sucede en la función jurisdiccional, el derecho “*al árbitro determinado por la ley*”, por cuanto que el juez desempeña de modo permanente su función jurisdiccional, integrándose en el poder judicial, lo que, como acabamos de señalar, no sucede en la función arbitral, cuya naturaleza privada y temporal es incuestionable².

² J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje versus jurisdicción”, *Veinticinco años de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 65–81. Desde un punto de vista subjetivo el árbitro no puede equipararse a un juez en la medida en que éste es titular de la potestad de juzgar y hacer

Como hemos señalado, el arbitraje nace de la libre voluntad de las partes que optan por resolver sus diferencias acudiendo a un tercero (que puede ser al propio árbitro –arbitraje *ad hoc*– o una institución arbitral –arbitraje institucional– o a una autoridad nominadora– normalmente una institución arbitral–) para que resuelva o designe a quien deba resolver la controversia a través de una resolución (laudo), que tiene el efecto de cosa juzgada. Es, pues, la decisión libre de las partes la que pone en marcha el arbitraje, y es dicha voluntad la que, de común acuerdo, determina la sede, el idioma y el derecho aplicable a la controversia, incluso el modo y forma de designación del tribunal arbitral, su cualificación profesional, la duración del arbitraje y los trámites y normas procedimentales aplicables al mismo, sin más limitación que el respeto escrupuloso a los principios de audiencia, igualdad y contradicción de las partes (Exposición de Motivos LA/(2003 y art. 29.1º Regl. CIMA). Las partes tienen que tener y recibir del tribunal y de la institución arbitral un trato idéntico (igualdad) para hacer valer sus derechos y pretensiones, deben ser informados de los distintos trámites procedimentales, de los pedimentos de la contraparte al objeto de alegar lo procedente (audiencia), así como poder acreditar los hechos en que apoyan su pretensión (contradicción) proponiendo cuantos medios de prueba tengan relación con la controversia, pudiendo recusar o apartar al árbitro que no reúna las condiciones exigibles de independencia e imparcialidad o no dedique al arbitraje el tiempo y estudio que la naturaleza de aquella (la controversia) requiera.

Otra de las notas características del arbitraje es la reducción de plazos y términos para resolver la controversia, de suerte que el procedimiento arbitral se caracteriza por su sencillez y agilidad³, estando los árbitros obligados a dictar el laudo en el tiempo fijado por las partes o, en su caso, por las normas reglamentarias previstas en la institución arbitral encargada de su gestión y administración y a la que libremente

ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, mientras que aquél se encuentra desprovisto de tal cualidad, pues su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia” (p. 67).

³ M. Olivencia, *loc. cit.*: “Para las materias mercantiles –en general, para todas las de Derecho privado de libre disposición– no cabe más alternativa que el arbitraje, que permite atender esas exigencias observadas como permanentes en la historia; la sustitución del juez y del procedimiento ordinario por árbitro o árbitros profesionales en la materia litigiosa, practicantes de ella o expertos en el Derecho aplicable, designados por las partes o por instancias nominadoras conecedoras del tráfico, y para conocer del litigio a través de un procedimiento ágil, breve y simple, diseñado por las partes, por los árbitros o por la institución administradora, conforme a normas legales, eminentemente dispositivas, de contadas exigencias (audiencia, igualdad, contradicción)”.

se han sometido las partes al suscribir el convenio arbitral, de suerte que la extralimitación temporal del laudo puede ser causa de acción de responsabilidad del árbitro de la institución arbitral. En efecto, el plazo fijado para dictar el laudo y su cumplimiento es una exigencia del arbitraje, hasta el punto de configurarse como una de sus principales notas características. De ahí la exigencia al árbitro de su disponibilidad para la función encomendada. La disponibilidad (dedicación) del árbitro, junto a su independencia e imparcialidad, constituyen el trípode esencial en que se sustenta el arbitraje, hasta tal punto que, antes de su última reforma, la ley española de arbitraje consideraba como posible causa de anulación del laudo el que éste fuera dictado fuera de plazo. Los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen considerar como causa de remoción del árbitro los retrasos injustificados en la tramitación del procedimiento arbitral⁴.

II. Equivalente jurisdiccional

La consideración del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*” tiene su origen en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que mantiene la idea de que el arbitraje cumple en el ámbito privado la misma función que los tribunales de justicia, por lo que se configuraba como su “*equivalente*”, expresión equívoca, que ha sido posteriormente matizada por el propio Tribunal Constitucional. Así pues, la consideración que nuestro Tribunal Constitucional hace del arbitraje, calificándolo como “*equivalente jurisdiccional*”, solo puede entenderse referida a la fase declarativa de todo proceso, y no a su fase de ejecución, que queda reservada a los tribunales de justicia. Equivalente es en cuanto el laudo resuelve la controversia y produce efectos de cosa juzgada. Pero más allá de tan importante función, la ejecución del laudo, si surgiera discrepancia entre las partes sobre la misma, corresponde, como ya hemos indicado, a los tribunales de justicia.

El profesor Olivencia afirma que:

“... no es correcta, sino equívoca e inexacta, la denominación “equivalente jurisdiccional”, recogida en Sentencias del TC e incluso por el legislador español. Fue la STC 43/1988 (Sala Segunda, ponente D. Carlos de la Vega Benayas) la que introdujo la

⁴ El art. 20.4º.b) Regl. CIMA “... la Corte podrá dejar sin efecto el nombramiento de un árbitro: b) En el supuesto de que, pese a la declaración de disponibilidad...acredite la existencia de retrasos injustificados en la tramitación del procedimiento arbitral...”.

expresión”. Para Olivencia⁵ “el adjetivo “jurisdiccional” no se compadece con la naturaleza jurídica del arbitraje, porque los árbitros no ejercen “jurisdicción”, potestad reservada al Estado”. Son las partes, añade, las que en virtud de un contrato optan por esta alternativa extra-jurisdiccional. La “equivalencia” no se da entre vía judicial y vía arbitral, sino en la igualdad de efectos del laudo y de una sentencia firme (art. 43 LA)”.

En ésta misma línea se manifiesta Juan Antonio Xiol cuando señala que,

“... su naturaleza es la de medio alternativo de resolución de controversias. Esto no significa, sin embargo, que pueda predicarse plenamente de él un carácter de equivalente jurisdiccional, pues la jurisdicción nace del poder soberano y el arbitraje se funda en la libertad de las partes”⁶.

Señala, no obstante, José Carlos Fernández Rozas que

“... existe un sector doctrinal que defiende el acercamiento hacia la jurisdicción afirmando que, en el arbitraje, hay, efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Y es precisamente la dimensión jurisdiccional del arbitraje la que permite deslindar la institución de otras que guardan con ella cierta relación con ella como la pericia, la mediación, la conciliación o el mandato. Según esta posición, los árbitros quedan investidos transitoriamente de jurisdicción a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje. Como quiera que el arbitraje se pacta libremente por las partes resulta que, en virtud del convenio arbitral, se produce un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y de la competencia del juez al árbitro en cada caso concreto”⁷.

Es evidente que para el constituyente español la “*potestad jurisdiccional*” (esta es la expresión utilizada en el texto constitucional -art. 117.3º, ya referido-) comprende dos actuaciones diferentes, pero íntimamente conectadas entre sí, la de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado, de tal suerte que no basta con la función de juzgar, es decir, de tomar una decisión tras un análisis y estudio racional y lógico de la cuestión objeto de examen y estudio, sino que la potestad jurisdiccional exige además la posibilidad de llevar a cabo (ejecutar) la decisión tomada previamente. Y esa potestad jurisdiccional la Constitución la reserva en exclusiva (“*exclusivamente*” dice el mencionado precepto de nuestra carta magna) “*a los juzgados y tribunales determinados por las leyes*”, que no son otros que los tribunales de justicia. En idénticos

⁵ M. Olivencia, *loc. cit.*

⁶ J.A. Xiol, “Arbitraje y Constitución”, *loc. cit.*

⁷ J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*: “El árbitro tiene poder decisor acerca del asunto que se le encomienda como si fuera un juez, aunque nunca queda asimilado a él, pues, como se ha indicado, el árbitro está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto, por la ley a un determinado tipo de controversias, no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo”.

términos se expresa, como no podía ser de otro modo, el art. 2.1º LOPJ, señalando su art. 3.1º que

“... la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”.

Pues bien, en ningún caso la Constitución regula o se refiere directamente al arbitraje, por lo que los tribunales arbitrales no tienen reconocimiento constitucional y no ejercen la potestad jurisdiccional en el sentido que le atribuye el texto constitucional. (Más adelante haremos referencia a los preceptos constitucionales que permiten reconocer al arbitraje como forma privada de resolver las controversias surgidas entre los particulares).

Así pues, y ante la cuestión, objeto de permanente debate, de si el árbitro ejerce o no una verdadera función jurisdiccional (es o no un equivalente jurisdiccional) en los términos antes expuestos, es preciso hacer algunas consideraciones. La primera de ellas, a la que ya nos hemos referido, alude al origen del arbitraje como forma alternativa de resolver las disputas entre particulares. Ya hemos dicho que el origen está en la libre voluntad de las partes. Tiene pues el arbitraje una base negocial o contractual, puesta de manifiesto por medio del convenio arbitral. La segunda consideración está en el reconocimiento que el legislador hace del arbitraje y en la regulación que cada Estado hace del mismo, por cuanto que no todas las legislaciones contienen la misma regulación, si bien a partir de la Ley Modelo se tiende a una homogeneización de la materia. Y en tercer lugar, y como consecuencia de dicha regulación, es evidente que en países como España, donde el arbitraje tiene una regulación equiparable a los países más avanzados, la función arbitral, aunque de origen contractual, implica atribuir a los árbitros la potestad de juzgar la controversia y poner fin a la misma por medio de un laudo, que tiene y produce efectos de cosa juzgada, sin que ello implique el ejercicio de potestad jurisdiccional alguna, ya que como hemos visto solo puede hablarse de potestad jurisdiccional cuando la misma comprende las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo necesario, además, según el art. 3.1º LOPJ, que así lo reconozca la Constitución.

El arbitraje tiene como límite o alcance, según la perspectiva que se tenga, la libertad del individuo y el ámbito que determine el legislador, ámbito que en ningún caso podrá ser sobrepasado por la libre voluntad de las partes. Es el legislador el que determina las materias arbitrables y no arbitrables. Es el legislador el que determina los requisitos y capacidades para ser árbitro. Es el legislador el que establece qué personas

jurídicas pueden actuar como instituciones arbitrales y el que establece los límites a la autonomía de la voluntad, o las causas de recusación de los árbitros. Es el legislador el que determina los casos y requisitos que deben concurrir para exigir responsabilidad a los árbitros y a las instituciones arbitrales. Es el legislador el que determina las causas de la acción de nulidad del laudo y los supuestos en los que es posible acudir al auxilio judicial para la práctica de las pruebas, la adopción de medidas cautelares o para la ejecución del laudo, incluso para el nombramiento de los árbitros.

En suma, no es cierto, como se viene afirmando, tanto por la Doctrina, como por la propia jurisprudencia, que el límite del arbitraje sea la autonomía de la voluntad, la libertad del individuo. El límite está en la regulación normativa que cada Estado haga del arbitraje. Es cierto que la voluntad de las partes pone en marcha el aparato arbitral, pero el arbitraje tiene que desarrollarse dentro de los límites legalmente establecidos. Muchas de esas situaciones se regulan de distinta manera, según lo considere cada Estado, incluso así se hace en otras legislaciones (*v.gr.*, la legislación peruana atribuye a los árbitros la competencia para ejecutar las medidas cautelares, o permite el arbitraje administrativo), lo que pone de manifiesto lo cierto de nuestra afirmación.

Y en este contexto, y dadas las facultades (competencia) que las partes y la ley atribuyen a los árbitros, no puede hablarse en puridad de que los mismos ejerzan una actividad jurisdiccional, al menos desde la perspectiva española. Es cierto que su intervención, en base al convenio arbitral, les atribuye en exclusiva la competencia para conocer y resolver la controversia a través de un laudo, con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada, lo que supone en palabras escritas del profesor Olivencia que “*la ‘equivalencia’ no se da entre vía judicial y vía arbitral, sino en la igualdad de efectos del laudo y de una sentencia firme (art. 43 LA)*”, pero más allá de tan importante y fundamental actuación, el árbitro carece de competencia para “*hacer ejecutar lo juzgado*” debiendo acudir para ello al auxilio judicial. Para Juan Antonio Xiol:

“... el arbitraje, para su plena efectividad, necesita de la asistencia judicial. Prescindir de ella, según las figuras más prominentes del círculo arbitral internacional (como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en las discusiones mantenidas en el seno de la UNCITRAL sobre la modificación del régimen de las medidas cautelares), comportaría una erosión de la confianza en el sistema por los usuarios y, en consecuencia, desvirtuar la institución”⁸.

⁸ J.A. Xiol, *loc. cit.*: “Resumiría mi posición diciendo que el arbitraje tiene su origen en la opción consciente de las partes de preferir este medio frente a la justicia estatal o, en su caso, supranacional, y, en consecuencia, que su naturaleza es la de medio alternativo de resolución de controversias. Esto no significa, sin embargo, que pueda predicarse

Sin embargo, creo que dicha asistencia judicial, cuya existencia no discuto, debería quedar limitada solo a aquellos supuestos en que fuera exigible el ejercicio del poder coercitivo o sancionador, por quedar este reservado al Estado, cuyo monopolio le corresponde, pero no en los demás supuestos, en los que sería aconsejable atribuir a los árbitros las facultades necesarias para dar cumplimiento a las resoluciones arbitrales. Reconozco, sin embargo, que se trata de una cuestión polémica y opinable, que requiere un estudio profundo y sosegado.

III. Arbitraje y Constitución española

A diferencia de la Constitución de Cádiz (1812)⁹, la Constitución española vigente (1978) no contiene referencia alguna al arbitraje, lo que no ha impedido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional considerando al arbitraje, en cuanto manifestación de la libertad individual, como un medio heterónomo de arreglo de controversias permitido, por tanto, por la propia Constitución. En efecto, el art. 1.1 de la CE considera a la libertad como uno de “*los valores superiores del ordenamiento jurídico*”, reconociendo que la propia Constitución sienta las bases para considerar al arbitraje, en cuanto manifestación de la libertad individual, como modo alternativo de solución de conflictos¹⁰. A partir de ese reconocimiento, será el legislador, como acabamos de resaltar, el encargado de regular el arbitraje, a través de una ley ordinaria. Así se promulga la ley de 1988, hoy sustituida por la ley 60/2003, que a su vez ha sido parcialmente reformada por la ley 11/2011, de 20 de mayo.

Para Jesús García Torres

plenamente de él un carácter de equivalente jurisdiccional, pues la jurisdicción nace del poder soberano y el arbitraje se funda en la libertad de las partes.

Jesús García Torres, “El silencio constitucional sobre el arbitraje”, *Veinticinco años de arbitraje en España...*, *op. cit.*, pp. 57–63: “La doctrina constitucional suele afirmar que el arbitraje se circunscribe al mismo tipo de tutela que puede obtenerse de la “jurisdicción civil”. En beneficio de la exactitud, sería preferible que sustituyera este giro por otro que, más o menos, dijera que el arbitraje permite obtener el mismo tipo de tutela declarativa que puede obtenerse de cualquier orden jurisdiccional sobre materias de libre disposición”.

⁹ El art. 280 de la Constitución de 1812 disponía que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

¹⁰ La STC 9/2005, de 17 de enero, señala que “el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”.

“... el silencio constitucional plantea de manera inmediata la pregunta de su compatibilidad del arbitraje con los principios de unidad y exclusividad judicial, garantizados constitucionalmente en los términos de, respectivamente, los apartados 3 y 5 del art. 117 CE”¹¹

que debe resolverse reconociendo la competencia del Estado para regular la materia en base a lo establecido en el art. 149.1. 5^a (Administración de Justicia) y 6^a (legislación mercantil y procesal) de la propia Constitución, sobre materias que son de la competencia exclusiva del Estado. Llama la atención García Torres sobre el hecho de que el Tribunal Constitucional se refiera siempre, a la hora de justificar la regulación estatal del arbitraje, a dichos apartados del precepto constitucional y, por el contrario, la ley de arbitraje (Disposición Final 2^a) se refiera al art. 149.1. 6^a (legislación mercantil y procesal) y 8^a (legislación civil), evitando toda referencia al art. 149.1.5^a (Administración de Justicia) y ello, añade, “*pese a que la doctrina constitucional, con persistente empeño, califica el arbitraje como ‘equivalente jurisdiccional’*”.

Para José Carlos Fernández Rozas

“... el arbitraje llega exclusivamente "hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor" (ATC 259/1993, de 20 de julio) y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el art. 38 que estatuye el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”¹².

Para Juan Antonio Xiol, dado el origen privado del arbitraje apoyado en la autonomía de las partes, no es posible buscar el apoyo constitucional en el principio de tutela judicial (art. 24 CE), que, al igual que el recurso de amparo, solo procede respecto de las resoluciones judiciales, sino

“ en el art. 10, que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los cuales se desarrolla este principio, entre los cuales puede destacarse el art. 38, que consagra la libertad de empresa”, manifestando como consideración final que “la concepción del arbitraje como institución fundada en la libertad y autonomía de la persona permite no solo considerarlo como una institución acorde con la Constitución, sino admitir que su supresión absoluta por el legislador plantearía, cuando menos, dudas de inconstitucionalidad, a pesar de tratarse de una institución no mencionada expresamente en la Constitución (a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1812, art. 281)”¹³.

Para José Fernando Merino Merchán

¹¹ J. García Torres, *loc. cit.*

¹² J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*

¹³ J.A. Xiol, *loc. cit.*

“el sometimiento de los conflictos a un tercero –no juez estatal– no atenta contra el monopolio de la potestad jurisdiccional de jueces y tribunales a que se refieren los artículos 117 de la Constitución y 2 de la LOPJ, sino que es manifestación de la libertad como “valor supremo del ordenamiento (art.1.1)”¹⁴.

Así pues, si bien la Constitución guarda silencio sobre el arbitraje y atribuye en exclusiva a jueces y tribunales de justicia la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (al margen de las funciones jurisdiccionales constitucional y militar, incluso, con matices, del Tribunal de Cuentas), es lo cierto que en virtud del derecho de libertad reconocido, fundamentalmente en el art. 1.1º de la Constitución, como valor supremo del ordenamiento jurídico, los particulares pueden, en el ejercicio legítimo de ese derecho, someter libremente a un tercero la solución de sus controversias. A partir de este reconocimiento, y en virtud de las competencias exclusivas que la propia Constitución reconoce al Estado en el art. 149.1. 5ª, 6ª y 8ª, éste debe regular la materia para que no quede vacío de contenido el ejercicio de dicha libertad. Y en el ejercicio de dicha competencia el Estado atribuye a los árbitros competencia (jurisdicción para algunos) limitada a la labor de juzgar, reservándose el propio Estado la competencia de ejecutar lo decidido por el árbitro. Como hemos expuesto en otro lugar de este trabajo, cada Estado regulará el arbitraje del modo y forma que estime más adecuados a su concepción del arbitraje. En España, la ley 60/2003 ha seguido el camino marcado por la Ley Modelo UNCITRAL, equiparándonos a los países más avanzados en materia arbitral.

IV. El convenio arbitral y el principio *kompetenz–kompetenz*

Parece por tanto lógico entender que, si el origen del arbitraje está en la libertad de los particulares para acudir al mismo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es necesario y obligado que las partes así lo decidan y acuerden de modo claro e inequívoco, máxime cuando el arbitraje supone una renuncia al juez determinado por la ley. Señala la sentencia AAP de Baleares de 18 diciembre 2008 (JUR 2009, 115048) que “el convenio arbitral debe reflejar la voluntad inequívoca de las partes de someter la cuestión controvertida a la decisión de un árbitro”¹⁵. Se configura así el convenio arbitral como el mecanismo

¹⁴ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 109.

¹⁵ F.G. Prol, “Comentarios de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 de 27 de junio”, *Diario La Ley*, nº 9070, Sección Tribuna, 27 octubre 2017. El

utilizado por las partes para, con renuncia al fuero judicial que pueda corresponderles (renuncia que puede ser tácita por el hecho mismo de suscribir el convenio arbitral), dejar clara su voluntad de resolver las posibles controversias por medio del arbitraje. Así pues, el convenio arbitral supone un acuerdo de las partes que lo suscriben, lo que ha permitido calificar al arbitraje como un contrato (teoría contractual del arbitraje). Como tal acuerdo de voluntades exige el ejercicio libre de un consentimiento no viciado por ninguno de los defectos que pueden anular su validez (error, dolo, violencia, intimidación), así como la voluntad inequívoca de sometimiento arbitral, ya que de otro modo la controversia no podrá ser resuelta por vía arbitral, en virtud de la “*vis atractiva*” de la competencia jurisdiccional cuando no queda clara la voluntad de las partes de sometimiento arbitral de la contienda.

La ley española de arbitraje (LA), a diferencia de la Ley Modelo UNCITRAL (art. 7.1º) no define el convenio arbitral, limitándose a hacer referencia al mismo en su art. 9, inclinándose por un sistema antiformalista sobre el modo o forma de acreditar su existencia, pero exigiendo dicha existencia, así como su validez, so pena de incurrir en causa de anulación del laudo (art. 41.1º, a). El art. 9.3º LA exige que “el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”. Señala en esta línea Juan Cadarso

“... que ahora se contemple adicionalmente la posibilidad de que el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”, no desmiente en manera alguna la exigencia de forma escrita, pues no hay que confundir la forma de expresión con lo que constituye el soporte en el cual consta, se registra o se conserva lo expresado”¹⁶.

La LA tampoco se refiere al convenio arbitral en el escrito de iniciación del arbitraje, siendo las instituciones arbitrales las que en sus respectivos reglamentos (art. 6 Regl. CIMA) suelen exigir que las partes

autor, al comentar la referida sentencia, sobre operaciones financieras, y tras un certero análisis de la misma, pone de manifiesto sus reservas y preocupación por la doctrina mantenida por nuestro Tribunal Supremo. En esta línea manifiesta lo siguiente: “La conclusión a la que se llega con la postura del TS en la Sentencia, es que la firma de un contrato de adhesión, sin salvedad ni reserva de ningún tipo por parte del adherente, no puede ser considerada como una declaración explícita, clara, terminante e inequívoca de la voluntad del adherente de someterse a arbitraje, renunciando así a dilucidar sus litigios con el proponente del contrato de adhesión ante la jurisdicción civil ordinaria”.

¹⁶ J. Cadarso Palau, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (J. González Soria, coord.), 2ª ed., Aranzadi-Thompson-Reuters, 2011, p. 558.

acompañen con su escrito de solicitud el convenio arbitral en que basan el inicio del procedimiento arbitral. Los reglamentos más avanzados suelen atribuir a la Corte arbitral la obligación de llevar a cabo un estudio preliminar de la solicitud, antes de la designación del tribunal arbitral, al objeto de determinar *prima facie* la existencia y/o validez de la cláusula arbitral, sin perjuicio de la decisión que posteriormente adopte dicho tribunal (art. 9 Regl. CIMA), a quien corresponde resolver de modo definitivo. Dicha intervención preliminar de la Corte permite evitar arbitrajes improcedentes y, en consecuencia, reducir costes y tiempo a las partes.

Es aconsejable que el convenio arbitral refleje con la mayor precisión posible la decidida voluntad de las partes de someter sus discrepancias al procedimiento arbitral (es conviene establecer con suficiente claridad las controversias sometidas a arbitraje, que en todo caso deben referirse a materias de libre disposición). Que concrete si el arbitraje será *ad hoc* o institucional y en este caso identifique con precisión la institución arbitral encargada de su gestión y administración. Que determine si el arbitraje será de Derecho o de equidad, debiendo tener presente que la mayor parte de los reglamentos de las instituciones arbitrales se inclinan, en caso de silencio sobre el particular, por el arbitraje de Derecho. Que fije con claridad el número de árbitros, normalmente impar, que conocerán del mismo, así como su modo de designación, el idioma y la sede del arbitraje (la sede tiene especial importancia, porque determina el órgano judicial competente para conocer de la acción de anulación y de ejecución del laudo).

El convenio arbitral determinará, si se confirma su validez, que la disputa entre partes será conocida y resuelta a través del procedimiento arbitral, siendo necesario, como primera actuación del tribunal arbitral que haya sido designado para intervenir, que éste declare su propia competencia para conocer del mismo. Así lo establece la LMU (art.16.1º), la LA (art.22.1º) y el Regl. CIMA (art. 35.1º). En todos los supuestos el árbitro podrá resolver toda excepción planteada sobre la existencia y validez del convenio arbitral.

El principio competencia de la competencia (*“Kompetenz–Kompetenz”*) requiere, como primera actuación del árbitro, que éste examine el documento en el que la parte solicitante del arbitraje apoya dicha solicitud por entender que el mismo contiene el convenio arbitral correspondiente. Si por la parte demandada se ha planteado alguna excepción por inexistencia o invalidez del convenio arbitral, debe el árbitro, una vez aceptado el nombramiento, analizar y resolver, previamente a toda otra actuación, si dicho convenio existe y, en caso de discutirse su validez, deberá resolver igualmente sobre la misma. Esta exigencia

(obligación) es consecuencia lógica de la naturaleza del arbitraje que, como venimos reiterando, nace de la voluntad de las partes, la que se manifiesta a través del convenio arbitral. Si no hay convenio arbitral válido, el árbitro debe declararse incompetente o simplemente comunicar a las partes y a la institución arbitral que la controversia no puede tramitarse por el procedimiento arbitral. Lo mismo debe de hacer, aunque no lo haya alegado la parte demandada, si advirtiera la inexistencia de convenio arbitral, si bien en este supuesto debe advertirlo a las partes por si ambas estuviesen de acuerdo en someter a arbitraje la controversia planteada.

Debe asimismo el árbitro analizar la arbitrabilidad de la materia objeto de controversia, ya que hay materias no susceptibles de arbitraje privado (en España, las relaciones laborales) o no ser “*de libre disposición de las partes*” (las relaciones paterno-filiales o el estado civil de las personas). En estos supuestos también debe el árbitro abstenerse de intervenir por falta de competencia para ello. Si en cualquiera de los supuestos descritos el árbitro decidiera declararse competente por plantearse dudas sobre la existencia o validez del convenio o arbitrabilidad de la controversia, el procedimiento podrá continuar, sin perjuicio del ejercicio por las partes de la acción de nulidad, bien contra el laudo final, bien contra el laudo interlocutorio resolviendo la excepción planteada. En tales supuestos se han pronunciado los tribunales de justicia. La SAP de Madrid, de 12 febrero 2009 (JUR 2009, 190420) dice que “... Pero ello no significa que tengan que acertar necesariamente en su decisión (se refiere a los árbitros), ni que ésta tenga que desembocar siempre en una apuesta a favor del arbitraje”.

Existiendo un convenio arbitral válido sobre materia de libre disposición, el árbitro deberá declarar su propia competencia. Dicha declaración conlleva un doble efecto o consecuencia, positivo uno, negativo el otro, ya que por dicha declaración expresa del árbitro reconociendo la existencia y validez del convenio arbitral y, por tanto, su competencia para intervenir y resolver la controversia, ésta será sometida a arbitraje (efecto positivo) y, en consecuencia, quedará excluida la intervención de los tribunales de justicia (efecto negativo).

En virtud del efecto positivo, una vez comenzado el procedimiento arbitral, el árbitro es el único competente para resolver todas las cuestiones que puedan plantearse por las partes en el seno del mismo, incluso las discrepancias sobre la validez o no de la cláusula arbitral. El árbitro queda investido de la potestad necesaria, derivada de la voluntad de las partes y de su nombramiento y aceptación, para conocer y resolver dichas cuestiones, sin perjuicio, claro está, de que las partes puedan

ejercitar, como acabamos de reseñar, la oportuna acción de anulación del laudo. Incluso si el árbitro se excede del ámbito de su competencia, deberán las partes plantearlo en el procedimiento arbitral, tan pronto como se produzcan, sin perjuicio de después reiterarlo al ejercitar la acción de anulación. De no hacerlo así, se entenderá que han renunciado al derecho a denunciar, tal y como establece en el 4 LMU, art. 6 LA y art. 6 Regl. CIMA, y no podrán impugnar posteriormente el laudo final.

El efecto negativo, implica, no solo la no intervención de la justicia ordinaria en la configuración y pronunciamiento del laudo, lo que le está vedado por Ley, sino que en aquellos supuestos en que la ley permita acudir al auxilio judicial (práctica de pruebas, ejecución de medidas cautelares y del laudo) dicha intervención, dado su carácter tasado y excepcional, debe limitarse a lo realmente necesario e imprescindible, de suerte que, so pretexto de dicha intervención, que nunca será de oficio, no se desvirtúe la naturaleza y finalidad del arbitraje. Es lo que ya se denomina en el ámbito arbitral, tanto por la Doctrina, como por la jurisprudencia, “*principio de intervención mínima*”. Principio que lógicamente es también, y en mayor medida, aplicable a la acción de anulación del laudo, donde la intervención de los Tribunales Superiores de Justicia (Tribunales competentes en España para conocer de dichas acciones) debe quedar limitada a interpretar, siempre de modo restrictivo, las causas de anulación que aparecen tasadas en nuestra LA.

V. Principio de intervención mínima

En efecto, ni la actividad auxiliar que los jueces y tribunales de Justicia prestan al arbitraje puede suponer una sustitución o suplantación de la función arbitral, ni la función arbitral puede convertirse en una fase preliminar, a modo de primera instancia, de la actuación judicial a través de la acción de anulación del laudo. En el primer caso, actividad auxiliar o de asistencia, los órganos judiciales desempeñan, deben de desempeñar, una clara labor de apoyo de la actividad arbitral, sin en ningún caso sustituirla ni reemplazarla. En el segundo, acción de anulación, el órgano judicial no debe entrar a conocer la cuestión de fondo, ni suplir por el suyo propio, el razonamiento seguido por el árbitro para pronunciar el laudo impugnado por una de las partes. Lo contrario sería alterar la esencia del arbitraje, basada como hemos visto en la libre voluntad de las mismas.

Estas, concededoras del arbitraje y de las normas que lo regulan, deciden, en el libre ejercicio de su voluntad, acudir al arbitraje para

resolver sus controversias, renunciando, en cuanto al fondo de la cuestión debatida, a la intervención de los tribunales de justicia. Las partes y sus letrados, que son quienes suelen aconsejar o no la inclusión en un contrato de la cláusula arbitral, son expertos y conocedores de las razones por la que incluyen o no la referida cláusula arbitral. Si las partes y sus letrados optan por incluir la cláusula arbitral lo están haciendo con la convicción de que árbitros, Cortes arbitrales y Tribunales de justicia asumen, cada cual es su esfera de competencia, las prescripciones legales y reglamentarias, a las que libremente se han sometido: los árbitros teniendo un comportamiento éticamente irreprochable, siendo y manteniéndose a lo largo del procedimiento independientes e imparciales, dedicando al proceso el tiempo y estudio necesario para resolver y dictar un laudo justo y ejecutable. Las instituciones arbitrales velando por la capacidad de los árbitros, a los que designarán por métodos objetivos y transparentes, velando por la pureza y celeridad requeridas en la tramitación del procedimiento, dejando constancia evidente del resultado de las pruebas y garantizando su propia imparcialidad y la calidad del laudo, a través de la correspondiente labor de su escrutinio. Y a los órganos jurisdiccionales el cumplimiento estricto y riguroso de sus competencias, tanto en las labores de auxilio y asistencia, como a la hora de resolver la acción de anulación del laudo.

Juan Antonio Xiol señala al respecto que

“... según la exposición de motivos de la LA, “la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley”. El carácter mínimo de la intervención judicial queda reflejado en el art. 7.º de la LA, que recoge literalmente lo dispuesto en el art. 5.º de la Ley Modelo y en el establecimiento de los supuestos tasados en los que se produce la intervención judicial”. En esta línea argumental añade que “el ejercicio de la función judicial en relación con el arbitraje no implica una sustitución de las facultades de los árbitros, sino un apoyo para su ejercicio cifrado en la resolución de las cuestiones procedimentales que escapan a sus facultades o al poder de disposición de las partes, en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o medios de prueba para garantizar el buen fin del laudo y en el control de la regularidad formal y externa del mismo”¹⁷.

Pascual Sala se plantea la necesidad de delimitar claramente la libertad como origen del límite a la intervención judicial para no desvirtuar la razón de ser del sistema arbitral al señalar que

“el hecho de ser el arbitraje un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos con base en la autonomía de la voluntad, plantea el problema de determinar la

¹⁷ *Loc. cit.*

medida en que sus resoluciones puedan abocarse a la justicia sin desvirtuar la raíz del propio sistema”.

Porque, a mi juicio esa es la clave: determinar con toda claridad el necesario equilibrio entre el escrupuloso respeto a la libertad de las partes y la necesaria intervención judicial de apoyo (auxilio judicial) y control (acción de anulación del laudo) al arbitraje, sin que este pierda su razón de ser. Ello nos lleva lógicamente a señalar que en cualquier caso (función de apoyo o función de control) la intervención judicial debe ser mínima. La razón es obvia, continua Pascual Sala,

“... si tras el procedimiento arbitral y el dictado de la decisión o laudo que le pone término, se abre ampliamente la posibilidad de impugnarlo en vía jurisdiccional, el arbitraje deja de ser un “sistema” de solución alternativa de conflictos para convertirse en una mera fase previa al auténtico proceso, que resultaría ser así el judicial, a modo de una primera instancia añadida a éste y, como tal, innecesaria y perturbadora”¹⁸.

El TS, entre otras, en sentencia de 11 febrero 2010 (RJ 2010,3771) señala con toda claridad “que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial”. “Las partes decidieron libremente en la cláusula (...) del contrato (...), dice la sentencia SAP Madrid, 26 septiembre 2007 (JUR, 353707) conforme al principio de la autonomía de la voluntad establecido en el art. 1255 del código civil, someter su controversia a arbitraje y, consiguientemente, renunciaron a la jurisdicción ordinaria...excluyendo toda posibilidad de resolver esas concretas materias en vía jurisdiccional, cuya intervención queda limitada...a las causas tasadas en el art. 41 LA/2003”.

En suma, la acción de anulación no puede servir de cauce para obtener en vía judicial un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia distinto al obtenido por vía arbitral, convirtiendo a la acción de anulación en un mero recurso de apelación, lo que es claramente contrario a la esencia del arbitraje y a la letra y espíritu del propio legislador, que no solo tasa los motivos de anulación del laudo (art. 41), sino que respetando la libre voluntad de las partes dispone en el art. 7 que “*en los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal...*”. Es reiterada la jurisprudencia, no solo del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que así lo disponen, sino también la de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia

¹⁸ P. Sala Sánchez, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 333-367, esp. p. 333.

(competentes desde la reforma de 2011 para conocer de la acción de anulación), con alguna puntual y acotada excepción. Valga por todas la SAP Barcelona 15^a 18 noviembre 2005 al señalar que

“Las partes se sometieron voluntariamente al arbitraje, y deben asumir sus consecuencias, sin que quepa acudir a la jurisdicción ordinaria para volver a enjuiciar una cuestión que quedó decidida en el laudo, sin recurso ordinario alguno, sino es éste de anulación que como ya hemos reiterado está sujeto a causas tasadas”¹⁹.

VI. Auxilio judicial a la función arbitral

Pero el principio de intervención mínima debe también ser observado por los órganos judiciales en todas las fases del procedimiento arbitral en las que dichos órganos desempeñan funciones de asistencia, auxilio o control al tribunal, como son: a) en la designación de árbitros; b) en la fase probatoria (práctica de determinadas pruebas); c) en la ejecución de las medidas cautelares y d) en la ejecución del laudo. Salvo en la designación de árbitros, a la que haremos referencia a continuación, en los demás supuestos, se justifica la intervención judicial por la propia configuración del arbitraje como un instrumento carente de *imperium* o poder coactivo, potestad que como ya hemos señalado son propias y exclusivas del Estado.

1. Designación de árbitros

En principio, la designación de los árbitros, incluso el procedimiento para la misma corresponde a las partes litigantes, bien directamente (arbitraje *ad hoc*), bien indirectamente (arbitraje institucional). El art. 15 LA así lo dispone, sin más límite que el respeto al principio de igualdad. Solo si el árbitro o árbitros no pudieran ser nombrados por el procedimiento pactado por las partes, se podrá acudir al órgano judicial competente para que proceda a su designación. En consecuencia, la intervención judicial en el nombramiento de árbitros solo se produce a falta de acuerdo de las partes o, si existiendo acuerdo en el procedimiento de designación, no pudiera ser nombrado con arreglo al mismo. El órgano judicial competente (TSJ) solo podrá negarse al nombramiento si comprobara que no existe convenio arbitral, y siempre a solicitud de parte. Si procediera la designación de árbitros por el tribunal de justicia, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por las partes para nombrar árbitros y tomará las medidas

¹⁹ JUR 2006, 107158

necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, procurando, en caso de arbitraje internacional, nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes. Confeccionada la lista referida, el árbitro será nombrado por sorteo entre los componentes de dicha lista. Ese es el marco en el que debe actuar el órgano judicial y por lo tanto las condiciones que deben darse para su intervención. La propia exposición de motivos de la LA lo señala al indicar que

“... el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral...pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio”.

En esta dirección, Ana Fernández Pérez²⁰ subraya, refiriéndose a la intervención judicial que

“debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no de convenio arbitral pactado entre las partes, y, en su caso, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, la negativa a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo pactado o legalmente establecido para la designación”.

Cumplidos esos requisitos y hechas las referidas comprobaciones, el tribunal nombrará al árbitro del modo descrito.

Así pues, la intervención del Tribunal (Sala de lo Civil y Penal del TSJ) en el nombramiento de árbitros tiene las siguientes características: a) su carácter subsidiario o supletorio, ya que solo se puede producir si las partes no se han puesto de acuerdo o si el procedimiento de designación es inviable; b) su carácter obligatorio, de suerte que producida la imposibilidad del nombramiento por concurrir cualquiera de los supuestos referidos, el órgano judicial tiene la obligación de nombramiento del árbitro, salvo que no exista convenio arbitral, o lo que es igual, existiendo convenio arbitral el órgano judicial queda obligado a dicho nombramiento; c) nombramiento mediante sorteo. A tal fin, el tribunal deberá confeccionar la lista de tres nombres por árbitro a designar, y d) nombramiento objetivo y neutral, por cuanto que el tribunal debe confeccionar la lista de árbitros entre los que garanticen su independencia e imparcialidad y no tengan la misma nacionalidad de alguna de las partes.

Merece en este punto referirnos a la STSJ de Castilla y León, de 24 noviembre 2011 (AC 2012, 835), que en nuestra opinión sintetiza lo ahora expuesto cuando dispone que

²⁰ A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch, 2017, p.158.

“... la circunstancia de que no exista en la Cámara de Comercio e Industria de León una Corte de Arbitraje ni un reglamento que regule ésta institución no es motivo suficiente para considerar inválido el convenio toda vez que, como se ha dicho anteriormente, la vigente Ley, a diferencia de la anterior, ha establecido una previsión concreta para el caso de que no fuera posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, en su art. 15 encomendando su nombramiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y estableciendo el procedimiento para efectuarlo”.

Y siguiendo con el razonamiento, la Sala añade que

“... para casos como el presente en que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el art. 1284 Cc en cuya virtud si una cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto...”.

Salvando la duda que nos plantea el razonamiento final de la sentencia, en su referencia al art. 1284 (a nuestro juicio, la intervención judicial en el nombramiento del árbitro deriva directamente del art. 15 de la LA), es evidente que existiendo convenio arbitral y no siendo posible el nombramiento del árbitro por el procedimiento pactado entre las partes, el tribunal viene obligado a realizar dicho nombramiento por exigencia expresa de la LA.

2. Práctica de pruebas

En relación con la intervención judicial en la práctica de pruebas, las legislaciones suelen establecer y exigir para que dicha intervención se produzca cuando lo soliciten las partes y, en todo caso, lo acuerde el tribunal arbitral, vedando la posibilidad de que el órgano judicial actúe de oficio. Así lo establecen el art. 27 LMU y el art. 33 LA, con diferencia de matices, permitiendo esta posibilidad de solicitar el auxilio judicial para la práctica de cualquier prueba, pudiendo el árbitro (caso de la ley española), de oficio o a instancia de parte, solicitar dicho auxilio, bien proponiendo al juzgado que se practique la prueba en sede judicial, bien en sede arbitral. En todo caso, si la prueba se practicase en sede arbitral su práctica se llevará a cabo, según lo acordado por las partes o, en caso de falta de acuerdo, bajo el control e intervención exclusiva de las partes y del árbitro. Señala al respecto Pérez-Llorca que “son los árbitros –y no los jueces– quienes deben resolver la controversia planteada por las partes. En este sentido –añade–, el criterio que puedan formarse como

consecuencia de dicha práctica será mucho más preciso y objetivo si la prueba se practica directamente ante ellos. No se olvide –concluye– que una de las principales ventajas del antiformalismo del procedimiento arbitral, y del que han hecho uso los árbitros en no pocas ocasiones (en mi opinión, y desde la experiencia que da la secretaria de una Institución Arbitral, esa es la regla general), es permitir un interrogatorio muy libre. Antiformalismo que no existirá cuando la prueba deba ser practicada ante el juez correspondiente, ya que en este caso serán de aplicación las normas correspondientes de la LEC”²¹.

Los supuestos en los que es más frecuente acudir al auxilio judicial para la práctica de pruebas, son la exhibición o aportación de documentos, cuando la parte requerida se niega a llevarla a cabo, pese a haber sido autorizada y admitida dicha prueba por el tribunal arbitral, y la declaración de testigos, para el caso de que se negaran a comparecer habiendo sido citados en forma (constando acreditada la recepción de la notificación) o, que constando su domicilio, se negasen a la recepción, o incluso apareciera desconocido dicho domicilio. Es también frecuente acudir al auxilio judicial para conseguir de Entidades y Administraciones públicas respuesta a los requerimientos que puedan dirigirles los árbitros al objeto de obtener información sobre hechos o documentos relacionados con la *causa petendi*.

En suma, y como hemos indicado, la intervención judicial para posibilitar la práctica de pruebas tendentes a acreditar hechos de relevancia para la adecuada resolución de la controversia, es necesaria e imprescindible para que el arbitraje cumpla adecuadamente con su función. Como hemos así mismo indicado, dicho auxilio debe producirse a solicitud del árbitro o, si este se negara injustificadamente a hacerlo, a instancia de parte, sin perjuicio de poder reiterarlo al ejercitar, si a ello hubiera lugar, la correspondiente acción de anulación del laudo, y trae su causa de la ausencia de potestad coercitiva de los árbitros, que impide que los mismos puedan ejercer cualquier tipo de actuación que necesite el ejercicio de dicha potestad (“*imperium*”).

3. Medidas cautelares²²

En relación con la adopción de medidas cautelares conviene resaltar que según la legislación española (y lo mismo sucede con otras leyes de

²¹ J.P. Pérez –Llorca, “Asistencia judicial para la práctica en las pruebas”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 488

²² Algunas de las opiniones vertidas en ésta apartado han sido expuestas por el autor en la obra conjunta, *Manual de Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 73.

nuestro entorno y cultura jurídica), las partes solicitantes de la medida cautelar podrán dirigirse, indistintamente, al tribunal arbitral que venga conociendo de la controversia o al tribunal de justicia competente sobre la materia, existiendo, en consecuencia, una clara opción o alternativa que las partes deberán ponderar en su estrategia procesal. Así, el art. 11.3º LA, señala que “el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”. Del mismo modo, el art. 23.1º de la propia LA añade que “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...”.

Por tanto, el solicitante de la medida cautelar podrá optar entre dirigirse, bien al tribunal arbitral que conoce de la controversia, bien al órgano judicial competente, tal y como hemos visto, reconociendo en tal sentido la Exposición de Motivos de la LA que “las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”, lo que lógicamente admite, con las matizaciones precisas, la posibilidad de que el juez o el tribunal arbitral puedan intervenir en el incidente cautelar del que viniera conociendo el otro, sin más límite que la buena fe procesal. Cuestión ésta que, a nuestro juicio, puede plantear no pocas dificultades de vertebrar en la práctica, lo que debe conllevar una prudentísima actitud, tanto por los tribunales de justicia, como por los tribunales arbitrales, a la hora de decidir intervenir en una cuestión cautelar en la que pudiera producirse dicha concurrencia.

Sin embargo, a pesar de reconocer el legislador la indicada dualidad de posibilidades, establece una sutil distinción en caso de la utilización de una u otra opción, según se trate de la vía judicial o de la opción arbitral. En efecto, mientras que tratándose de la opción judicial, la LA no permite a las partes su exclusión en el convenio arbitral (“*el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes...*”, dice la ley), tratándose de la opción arbitral, sí que permite dicha exclusión al permitir el pacto en contrario de las partes (“*salvo acuerdo en contrario de las partes*”, señala el art. 23.1º, que en éste punto es reproducción del art. 17.1º LMU), lo que implica la posibilidad de que las partes renuncien, cuando de medidas cautelares se trata, a que las mismas sean adoptadas por el tribunal arbitral. Dicha renuncia lo es a la intervención del tribunal arbitral, pero no a las medidas cautelares, que en tal caso, deberán ser adoptadas, si es que así se solicita por una de las partes, por el órgano judicial competente. No puede olvidarse que las medidas cautelares, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se integran en el principio de tutela

judicial efectiva y, en consecuencia, no es posible su renuncia. Es por ello, que la renuncia, insistimos, no lo es a la adopción de la medida cautelar, sino a que sea adoptada por el tribunal arbitral. Sin embargo, y como hemos visto no se admite la renuncia a la medida cautelar judicial.

A nuestro juicio, si el arbitraje tiene su origen en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, es dicha libertad contractual la que debe determinar si es su deseo dirimir sus diferencias a través del arbitraje, y en base a ello, determinar el modo y quién debe encargarse de la gestión del procedimiento arbitral y de resolver la controversia. Del mismo modo, si las partes han optado por el arbitraje, deben ser los árbitros, al igual que sucede con la cuestión de fondo de la controversia, los competentes para adoptar o no las medidas cautelares solicitadas por las partes, sin perjuicio de que éstas puedan acudir a los tribunales de justicia, al igual que sucede con el laudo, para obtener la ejecución de dichas medidas (decretar un embargo de bienes). Pero reconocer a los tribunales de justicia, y además de modo irrenunciable, la competencia para que adopten medidas cautelares en un procedimiento arbitral, supone una reminiscencia de la vieja desconfianza hacia los árbitros, que no tiene razón de ser.

Ítem más, permitir la concurrencia de ambas opciones, supone la admisión de una dualidad de competencias innecesaria y la puerta abierta a posibles y no deseables conflictos entre tribunales de justicia y tribunales arbitrales, ya que de la lectura de la Exposición de Motivos de la LA (como hemos visto habla de "*potestades alternativas y concurrentes*") nada impide que una medida cautelar adoptada por un tribunal de justicia pueda ser modificada, sustituida, complementada o revocada por un tribunal arbitral, o viceversa, sin más límite que la buena fe procesal, cuya delimitación final (concurrencia o no de la buena fe) también puede dar lugar a claras discrepancias. Se hace preciso en esta cuestión una mejor regulación en la línea aquí señalada. En todo caso, si se admitiera la posibilidad de optar, una vez ejercida la opción por una de ellas, debería evitarse la posibilidad de concurrencia con la opción no ejercitada.

4. Ejecución del laudo y las medidas cautelares

Interesa resaltar que la renuncia tiene que ser pactada (de común acuerdo entre las partes) y por tanto expresa e inequívoca. De no hacerlo de ese modo, se entenderá que las partes aceptan la competencia del tribunal arbitral para poder adoptarlas, lo que lógicamente supondrá la concurrencia de ambas potestades, judicial y arbitral, para su adopción. La renuncia puede hacerse de modo directo, sea en el convenio arbitral, sea en documento o comparecencia posterior ante la institución

arbitral, en la que las partes dejen constancia de su voluntad de renunciar, o incluso indirecta, aceptando someterse a un reglamento que contenga dicha renuncia, supuesto éste poco probable, ya que los reglamentos de las instituciones arbitrales no suelen contener una cláusula de tal naturaleza. El art. 23 LA, tras reconocer al árbitro la competencia para adoptar las que procedieran atendiendo a las circunstancias concurrentes, se remite a las normas que regulan la anulación y ejecución del laudo, que considera aplicables a las medidas cautelares.

Como ya hemos hecho referencia a la acción de anulación del laudo, procede referirnos ahora a lo que debe ser la intervención judicial en la ejecución del mismo, siempre sobre la base del principio de intervención mínima ya referido. En efecto, ni la parte que solicite la ejecución o, en su caso, la que se oponga a la misma, ni el órgano judicial encargado de la ejecución del laudo, pueden utilizar esta fase del procedimiento arbitral para plantear cuestiones no planteadas o ya resueltas en vía de la acción de anulación. Es evidente, que el juez al que se solicita la ejecución del laudo debe llevar a cabo las actuaciones encaminadas a “acreditar la validez formal del laudo y por tanto su existencia, así como la existencia del convenio arbitral y que el laudo ha sido notificado a las partes” (SAP Madrid 13 octubre 2006. JUR 2002,62233), pero hechas las referidas comprobaciones, el juez no puede ir más allá. En otra sentencia, septiembre 2007, SAP 2007,325409, la Audiencia Provincial señala con toda claridad: “los hasta ahora expuestos, son los requisitos que debe comprobar el juez con carácter previo al despacho de la ejecución, sin embargo, le está vedado examinar el convenio arbitral para sobre la base de su nulidad denegar la ejecución, siendo ello así porque la expresada nulidad debe ser declarada por vía del recurso de anulación del laudo a instancia de parte...”. Y el 15 octubre 2007 (SAP Madrid AC 2007, 2318) dice que “...podría rechazar la ejecución... cuando verse sobre materias no susceptible de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución sobre materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido) o no haya sido notificado en legal forma o cuando el contenido sea contrario al orden público”.

Bibliografía

CADARSO PALAU, J.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (J. González Soria, coord.), 2ª ed., Aranzadi-Thompson-Reuters, 2011, pp. 558 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, “Arbitraje versus jurisdicción”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Libro*

conmemorativo de 25 años de CIMA (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 65–81.

GARCÍA TORRES, J.: “El silencio constitucional sobre el arbitraje”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Libro conmemorativo de 25 años de CIMA* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 57–63.

MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado de Derecho arbitral*, Cizur Menor, Civitas, 2014.

OLIVENCIA RUIZ, “Arbitraje, una justicia alternativa”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Libro conmemorativo de 25 años de CIMA* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 43–50.

PÉREZ –LLORCA, J.P. “Asistencia judicial para la práctica en las pruebas”. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (J. González Soria, coord.), 2ª ed., Aranzadi –Thompson – Reuters, 2011, pp. 488 ss.

RUIZ RISUEÑO, F., STAMPA, G., CASTRESANA, L.F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Manual de Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

SALA SÁNCHEZ, P.: “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 9, nº 2, 2016, pp. 333–367.

XIOL RÍOS, J.A. , “Arbitraje y Constitución”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Libro conmemorativo de 25 años de CIMA* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 51–56.