

Recibido: 17 febrero 2106.
Aceptado: 15 marzo 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 13-44

***El principio de mínima intervención judicial
en el arbitraje comercial internacional***

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

Sumario: I. Introducción. II. Intervención judicial de apoyo: 1. Constitución del tribunal arbitral. 2. Medidas cautelares. 3. Notificación de actos y obtención de pruebas. 4. Reconocimiento y ejecución de laudos. III. Intervención judicial de control: 1. Validez del acuerdo de arbitraje e integridad del procedimiento arbitral. 2. Control de la arbitrabilidad. 3. Medidas anti-proceso. 4. Recurso de anulación. IV. Conclusión.

Resumen: El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional.

Los sistemas jurídicos proclives al arbitraje comercial internacional parten de un principio de integridad del procedimiento arbitral, limitando la intervención judicial. El presente artículo pretende ofrecer una síntesis de las principales manifestaciones del principio de mínima intervención judicial en el doble ámbito de la actividad jurisdiccional de control y de apoyo al arbitraje comercial internacional y pone relieve las diferencias sustanciales entre los sistemas de Derecho comparado y, en particular, el margen de mejora de dicho principio en el Derecho español sobre la materia.

Palabras clave: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – ASISTENCIA JUDICIAL AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL – CONTROL DEL ARBITRAJE POR LOS TRIBUNALES – INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ARBITRAJE.

Abstract: *The Principle of Minimal Judicial Intervention in the International Commercial Arbitration.*

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Árbitro internacional.

Legal systems favourable to international commercial arbitration start from the principle of arbitral procedure integrity, limiting judicial intervention in arbitration. This article tries to provide a synthesis of the main expressions of the principle of minimal judicial intervention in both activities of control and support of arbitration. It emphasizes the deep differences existing among national legal systems from a comparative point of view and, particularly, the room for improvement of that principle of minimal intervention in the Spanish Law on international commercial arbitration.

Keywords: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – JUDICIAL SUPPORT OF ARBITRAL PROCEDURES – JUDICIAL CONTROL OVER ARBITRATION – JUDICIAL INTERVENTION IN ARBITRATION.

I. Introducción

1. La mayoría de los sistemas jurídicos avanzados en materia arbitral parten del reconocimiento de un principio genérico de mínima intervención judicial en el arbitraje. En el sistema español, dicho principio se formula con carácter general en el art. 7 de la Ley 6/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA): “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”.

La precisión del juego de este principio en la realidad práctica exige conjugar varios factores y arroja, en todo caso, un alcance muy diverso según los sistemas. El objeto de este trabajo es poner de relieve cuáles son, en la actualidad, las cuestiones jurídicas más debatidas que determinan el alcance de dicho principio y definen el grado de intervención judicial de un determinado régimen legal del arbitraje.

2. Una reflexión primera obliga a plantearse si el principio juega un papel diferente según que el arbitraje sea interno o internacional. El distinto alcance en cada caso se evidencia fácilmente en los sistemas dualistas que, como el francés, prevén un régimen jurídico diferencial para cada suerte de arbitraje, mientras que la diferencia es menos apreciable en sistemas unitarios, como el español. En cualquiera de ambos casos, sin embargo, parece claro que, por definición, el principio de mínima intervención judicial debe acentuarse en el arbitraje internacional y puede admitir más excepciones en el arbitraje interno.

La razón no es difícil de apreciar si se tiene en cuenta que el arbitraje descansa esencialmente en la autonomía de la voluntad de las partes. La propia causa y fuente del arbitraje es la autonomía privada y esta juega de muy diversa manera en las transacciones internas e internacionales. La sujeción geográfica de una transacción a un solo Estado implica de suyo la aplicación de las denominadas “normas de orden público interno” de dicho Estado, esto es, de aquellas normas

“simplemente” imperativas que no pueden derogarse mediante la voluntad de las partes [en el sentido del art. 3.3º del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)]. El ámbito de la autonomía material es más amplio en supuestos internacionales, conectados con varios Estados. No solamente las partes pueden con más facilidad recurrir a la elección de sistemas jurídicos “anacionales”, particularmente en el arbitraje comercial internacional, sino que la función restrictiva de las normas imperativas, tanto del foro como de la ley rectora del contrato o de cualquier otro país, queda muy reducida al limitarse el juego de las normas internacionalmente imperativas o de orden público internacional (art. 9 del Reglamento citado)¹. Desde el punto de vista procesal, puede recordarse que, en virtud del principio de no revisión en cuanto al fondo, una sentencia judicial extranjera, al igual que un laudo arbitral, puede reconocerse en España con un contenido y una motivación que serían jurídicamente inaceptables de hallarse en una sentencia dictada por un juez español. No debe extrañar, por tanto, que a esta mayor autonomía sustantiva en la autorregulación de las transacciones comerciales internacionales deba corresponderle una mayor integridad de los mecanismos de solución de controversias determinados por la voluntad de las partes y una consecuente menor intervención judicial.

3. Un segundo factor a tener en cuenta a la hora de medir y valorar el alcance del principio de intervención judicial en el arbitraje nos conduce a la distinta causa o razón de la propia intervención judicial. En esencia, el principio de mínima intervención judicial, como garantía de la autonomía e integridad del arbitraje, se predica de los supuestos en que dicha intervención se justifica por razones de control. Sin embargo, el principio juega asimismo cuando la intervención no es obligada por razones de control, sino que resulta requerida por las partes o por los mismos árbitros o instituciones arbitrales en apoyo del procedimiento arbitral. Salvando los perfiles a menudo borrosos de esta distinción, en ambos casos, sin embargo, la caracterización del principio de mínima intervención judicial conduce a formulaciones diferentes.

En los supuestos de intervención judicial de control (analizados en el apartado III), el principio de mínima intervención en su versión más pura u óptima podría formularse como un principio de pasividad

¹ Una exposición más detallada de esta cuestión puede hallarse en S. Sánchez Lorenzo, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules after Rome I”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2010, pp. 67–91 [<http://hdl.handle.net/10481/36676>].

judicial desde el inicio del arbitraje hasta el laudo definitivo, tal y como aparece formulado por la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 18 noviembre 1987². Como veremos, no todos los sistemas, y en particular los que se inspiran en los arts. 5 y 6 de la Ley Modelo de la Uncitral (LMU), siguen a pies juntillas este principio.

En contrapartida, el principio de intervención judicial por razones de apoyo o en cooperación con el procedimiento arbitral (analizado en el apartado II) no aconseja necesariamente que dicha intervención sea mínima; puede ser deseable, en bien del arbitraje, que tienda a ser más amplia o generosa. En este ámbito, de hecho, los sistemas arbitrales se decantan más bien por dos tendencias opuestas: la primera partiría de un sistema de cooperación tasada o mínima, que es la que vendrían a representar las formulaciones de los arts. 5 LMU o de los arts. 7 y 8 LA. El carácter restrictivo de esta formulación requiere la motivación de la intervención de apoyo en una excepción legal, tasada y definida. En el caso español, el carácter restrictivo de la cooperación ha provocado algunas críticas, al dejar fuera la intervención judicial en supuestos en que podría ser necesaria, aunque no esté contemplada en la Ley, como en el bloqueo en la determinación del idioma o la sede del arbitraje³, o en aspectos menos frecuentes, como la necesidad controvertida de una eventual prórroga extraordinaria de alguna de las fases del arbitraje a petición de una parte o de los mismos árbitros.

En contrapartida, otros sistemas diseñan un modelo abierto de intervención de apoyo, que no restringe ni tasa la eventual intervención jurisdiccional (art. 185 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado) o que abre a las partes criterios particularmente generosos de acceso al apoyo jurisdiccional. Tras la decisión de la Cour de Cassation de 1 febrero 2005 en el asunto *Nioc*⁴, la reforma del Derecho francés del arbitraje resulta paradigmática: el nuevo art. 1.595.4^o del Código de Procedimiento Civil (CPC) francés recoge con enorme generosidad un foro de necesidad por razones de tutela judicial efecti-

² *Rev. arb.*, 1988, pp. 657 ss y nota de Ph. Fouchard. Este sistema ideal se ha equiparado a una carrera de relevos (*a relay race*), tomando una imagen original de Lord Mustill: los órganos jurisdiccionales inician la carrera portando el relevo hasta que se constituye el tribunal arbitral, que lo toma en sus manos hasta que dicta el laudo y se lo devuelve a los órganos jurisdiccionales (*vid.* N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^a ed., Oxford University Press, 2009, pp. 442-443, n^o 707-708).

³ *Vid.* M. Gómez Jene, "Art. 7: Intervención judicial", *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (D. Arias Lozano, coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 67-68.

⁴ *Rev. arb.*, 2005, p. 693, nota de H. Muir Watt; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, p. 140, nota de Th. Clay.

va (*déni de justice*) que no requiere ni siquiera una vinculación territorial con Francia (como suele ser el caso en la formulación general de un foro de necesidad), y que revela el afán siempre creciente del sistema francés por erigirse en alfa y omega de un arbitraje internacional deslocalizado y flotante⁵.

4. Teniendo en cuenta el telón de fondo expuesto y los factores diversos a considerar, conviene pues señalar las cuestiones que un determinado sistema jurídico debe resolver para definir el juego del principio de mínima intervención judicial y caracterizar de forma más precisa el juego de dicho principio y, a la postre, las pretensiones de tal sistema jurídico dentro de la competencia entre sistemas arbitrales que se ofrecen a las partes. Para ayudarnos en esta tarea, utilizaremos básicamente la comparación entre el modelo de no intervención por excelencia (el propio sistema francés) en contraste con el sistema español.

II. Intervención judicial de apoyo

1. Constitución del tribunal arbitral

5. Conforme a la formulación óptima del principio de intervención mínima, los órganos jurisdiccionales no intervendrán en la constitución del tribunal arbitral o en el nombramiento de los árbitros, salvo que su concurso sea requerido por las propias partes o los mismos árbitros. Generalmente, el arbitraje administrado proporciona sus propias soluciones acerca del nombramiento de los árbitros y de la constitución del tribunal arbitral, al margen de los órganos jurisdiccionales. En el arbitraje ad hoc, es más frecuente que puedan producirse situaciones de bloqueo, que requieran medidas específicas de apoyo jurisdiccional, como se prevé, por ejemplo, en el art. 11 LMU o en el art. VI y Anexo del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961 (CG). Si el tribunal arbitral se constituye, el principio de mínima intervención hace innecesario acudir al juez de apoyo para dicha constitución, pero desaconseja

⁵ La introducción del foro de necesidad en el art. 22 *octies* de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la Ley 7/2015 de 21 de julio, directamente vinculado al principio de tutela judicial efectiva, invita a reflexionar sobre la necesidad de ampliar la competencia de los tribunales españoles en apoyo del arbitraje contemplada en el art. 8 LA. Si el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, en el sentido expuesto en la STC nº 288/1993, de 4 de octubre, el principio de tutela judicial efectiva exigiría una tutela del arbitraje que, en caso de necesidad, justificara el apoyo de los órganos jurisdiccionales españoles, al menos cuando existiese una conexión suficiente del arbitraje con España.

asimismo acudir a dicho juez para impugnarla, de manera que las partes únicamente podrían hacer valer sus argumentos contra la constitución de dicho tribunal en las fases de control (anulación y oposición al reconocimiento y ejecución del laudo).

6. El principio señalado, sin embargo, no es unánimemente compartido por todos los sistemas jurídicos por lo que respecta fundamentalmente a los mecanismos de recusación de los árbitros. En el arbitraje institucional, generalmente los reglamentos de arbitraje tienden a suministrar procesos de recusación asimismo administrados por la propia institución, de forma que una vez resuelto el incidente confirmando a un árbitro, las partes podrán oponerse a esta decisión únicamente en la fase de control del laudo. En el arbitraje *ad hoc*, en cambio, la regla puede ser muy diferente. Algunos sistemas, como el español (art. 18.3º LA), respetan la formulación óptima del principio de mínima intervención, encomendando al propio tribunal arbitral la admisión o rechazo de la recusación. Si el tribunal rechaza la recusación, la parte afectada únicamente podrá hacer valer sus argumentos en la fase de control del laudo (anulación u oposición al reconocimiento y ejecución del laudo).

Al contrario, otros sistemas prevén la intervención de los órganos jurisdiccionales de apoyo durante el arbitraje, bien permitiendo un recurso contra la desestimación de la recusación por el tribunal arbitral (*v.gr.*, sección 10 de la Ley sueca de arbitraje), bien atribuyendo la competencia para resolver la recusación, en defecto de institución administradora, directamente a los jueces de apoyo y no al tribunal arbitral (art. 1.456.3º CPC francés). Razones de seguridad jurídica y economía procesal pueden amparar esta solución y defender su conveniencia sin merma del principio de mínima intervención, al garantizar la celeridad de la intervención. La razón fundamental para defender la compatibilidad de esta intervención judicial en apoyo del arbitraje se encuentra, empero, en los efectos que produce en la limitación de la intervención judicial de control. En efecto, debe tenerse en cuenta que la decisión del juez de apoyo francés desestimando la recusación, incluso por motivos de su mera extemporaneidad, produce efectos de cosa juzgada, por lo que no podrá ya ser invocada como motivo de anulación o denegación de la ejecución durante la fase de control del laudo (Sentencias de la *Cour d'appel* de París de 15 octubre 2013⁶ y de 14 octubre 2014⁷).

⁶ *Rev. arb.*, 2013, p. 1.077.

⁷ *Rev. arb.*, 2014, p. 1.028.

7. Un elemento que con más claridad ayuda a perfilar el verdadero alcance del principio de mínima intervención en el arbitraje comercial internacional en relación con la constitución del tribunal arbitral emerge de las condiciones bajo las que el juez de apoyo procede a desbloquear el nombramiento de árbitros. En algunos sistemas, la formulación óptima del principio se mantiene, desde el momento en que el nombramiento se produce sin control alguno de la validez o eficacia del acuerdo arbitral (art. 1.027.4^o CPC holandés). En la mayoría de los sistemas, sin embargo, existe un control incidental de la eficacia del convenio arbitral. En el sistema francés, dicho control obedece a un modelo de *cognitio* limitada, que únicamente se activa cuando el acuerdo arbitral es “manifiestamente” nulo o inaplicable (art. 1.455 CPC)⁸. Esta *cognitio* limitada implica que la ineficacia de la cláusula debe resultar evidente, generalmente porque no ha sido suscrita por una de las partes. Como el error manifiesto, la ineficacia o inaplicabilidad manifiesta no necesita interpretación: salta a la vista como un hecho que no requiere mayor motivación que la pura evidencia, ni admite discusión, al ser “incontestable” (sentencia del *Tribunal de Grand Instance* de París de 30 junio 1988⁹).

Aparentemente, un modelo similar debería imperar en el sistema español, pues semejante ineficacia debería resultar *prima facie*, según indica la Exposición de Motivos de la LA con toda claridad¹⁰. La práctica, sin embargo, parece apuntar en algunas ocasiones, al menos en el arbitraje interno, a un control sistemático de validez del acuerdo arbitral (*cognitio plena*)¹¹ sobre la base del art. 15.5^o LA, que no se compadece en modo alguno con el principio de mínima intervención

⁸ Este es el modelo de *cognitio* que se sigue asimismo en los sistemas sueco, suizo, alemán o italiano (cf. J.F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, p. 362).

⁹ *Rev. arb.*, 1994, p. 542, nota de Ph. Fouchard.

¹⁰ “Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio” (Exposición de Motivos, IV).

¹¹ Este es el modelo de control de la validez del acuerdo arbitral por el juez de apoyo inglés en el ámbito del nombramiento y constitución del tribunal arbitral: *The CPC Gallia*, QB (1994) 1 LLoyd's Rep. 68.

judicial, al menos en su formulación óptima¹², particularmente por el riesgo que entraña de entorpecimiento y retraso del procedimiento arbitral. Por fortuna, la jurisprudencia más reciente de los Tribunales Superiores de Justicia parece restaurar dicha *cognitio limitada*, al menos en el ámbito del nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral¹³.

2. Medidas cautelares

8. La tutela judicial cautelar, como elemento de apoyo al procedimiento arbitral, sirve asimismo para medir el alcance del principio de mínima intervención judicial. En este caso, el juego del principio se desvela según que se adopte un sistema de competencia concurrente o residual de los órganos jurisdiccionales en relación con las propias competencias de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Ciertamente, en aquellos sistemas, como el italiano (art. 818 CPC) o el griego (art. 889 CPC)¹⁴, en que los árbitros tienen vedada por principio la adopción de medidas cautelares, salvo expresa disposición legal en sentido contrario en el caso italiano, la competencia judicial excluyente de los tribunales supone la inversión del principio que analizamos y una muestra de la “máxima intervención judicial”. En la mayoría de los sistemas más avanzados, sin embargo, la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares no resulta discutida.

9. Un sistema de competencia cautelar residual optimiza el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional: los tribunales de justicia únicamente intervienen en aquellos casos en que no resulte factible la adopción de medidas cautelares por los árbitros [secc. 44 (5) de La Ley inglesa de Arbitraje de 1996]. A este planteamiento responde ab initio el sistema francés, en la medida en que los jueces únicamente están habilitados a adoptar medidas cautelares *ante causam* (art. 1.449 CPC), esto es, antes de que se

¹² Vid. F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 107; A. López de Argumedo Piñeiro y K. Menéndez de la Cuesta Lamas, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de la jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, nº 8, 2010, pp. 3–5 (<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598>).

¹³ Vid. J. Remón, “Art. 15: Nombramiento de los árbitros”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 343.

¹⁴ Vid. S. Izzo, “Arbitrato e tutela cautelare”, *Arbitrato, ADR, Conciliazione* (M. Rubino Sammartano, ed.), Bolonia, Zanichelli, 2013, pp. 529–549. Para una referencia comparativa más extensa sobre el particular, vid. A. Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 64–66.

constituya el tribunal arbitral y, en consecuencia, pueda adoptar él mismo tales medidas.

Con todo, dos factores permiten, aun en este modelo, profundizar en el principio de mínima intervención judicial. Por una parte, en algunos sistemas, particularmente en el arbitraje administrado, es posible la adopción de medidas cautelares *ante causam*, a través del nombramiento de un árbitro de urgencia o de emergencia¹⁵. Cuando dicho árbitro ha sido nombrado, el mantenimiento de la competencia paralela de los jueces de apoyo convierte al sistema en un modelo de competencia concurrente, con los riesgos consiguientes de contradicción en el alcance de las medidas. Un paso más hacia el principio de mínima intervención exigiría, pues, hacer valer la preferencia de las medidas adoptadas por el árbitro de emergencia y la incompetencia consecuente de los jueces de apoyo.

En segundo lugar, aunque el principio del sistema francés sea el de la competencia cautelar residual, los jueces tienen competencia exclusiva, incluso frente al tribunal arbitral ya constituido, cuando se trata de medidas cautelares destinadas a garantizar la ejecución de la sentencia (art. 1.468 CPC), tales como el embargo preventivo de bienes o la exigencia de caución o garantía para la ejecución¹⁶. El hecho de que la ejecución de las sentencias sea una competencia jurisdiccional exclusiva irrenunciable y no disponible, vinculada al monopolio del uso de la fuerza, se extrapola a la adopción de medidas cuya finalidad directa es garantizar dicha ejecución. En suma, la competencia del tribunal arbitral quedaría reducida a otros ámbitos, tales como la conservación de las pruebas, la mitigación de daños a través de la prosecución o paralización del negocio, etc.

10. En principio, otros muchos sistemas jurídicos parecen compararse de forma más débil con el principio de mínima intervención judicial, al formular la competencia cautelar de jueces y árbitros de forma concurrente (art. 9 LMU, art. IV.4º CG, arts. 11.3º y 23 LA). La concurrencia implica riesgo de contradicción entre las medidas y suscita la clásica cuestión de en qué medida un tribunal arbitral puede modificar la medida cautelar adoptada por el juez de apoyo, y vicever-

¹⁵ V.gr., art. 29 y Apéndice V Regl. CCI; Apéndice II del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 6 del Reglamento del *International Center for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association*, art. 9 B Regl. LCIA.

¹⁶ Para algunos autores este sería el caso asimismo del sistema inglés o italiano y, con ciertas vacilaciones, el estadounidense [cf. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard y J. Savage, eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999, nº 1.334, p. 716, nota 80].

sa. El principio de mínima intervención en un sistema de competencia concurrente puede garantizarse permitiendo ampliamente a los árbitros la modificación de las medidas cautelares adoptadas en sede judicial. En contrapartida muchos de estos sistemas, a diferencia del sistema francés, no excluyen expresamente la posibilidad de que las medidas cautelares arbitrales tengan por objeto la garantía de la ejecución del laudo o incluso parecen admitirlo expresamente [sección 25 de la Ley sueca de arbitraje; art. 26.2º.c) Regl. Uncitral; § 1.041.1 ZPO alemana; art. 24.1º Regl. ICDR], al menos por lo que se refiere a la posibilidad de que los árbitros dicten, por ejemplo, una orden de embargo, aunque su ejecución requiera la intervención de un juez de apoyo: la distinción entre decisiones de contenido declarativo y ejecutivo habilita esta opción más proclive a un alcance amplio del principio de mínima intervención. En cualquier sistema, sin embargo, la competencia cautelar arbitral siempre queda limitada a las partes: frente a terceros, el apoyo judicial es imprescindible.

11. Por último, en relación con las medidas cautelares, una cuestión debatida en muchos sistemas permite calibrar asimismo el modelo de intervención judicial en el procedimiento arbitral: la renuncia a solicitar medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales. Para algunos, dicha renuncia es consecuente con el carácter disponible y arbitrable de la controversia; para otros, el carácter irrenunciable de la tutela efectiva podría suponer un obstáculo¹⁷, al menos en aquellos casos en que la tutela cautelar no es alcanzable por otros medios y, en particular, a través de la tutela cautelar brindada por los propios árbitros. La caracterización de la intervención judicial en el procedimiento arbitral como “mínima” exigiría, en todo caso, reconocer el acuerdo de las partes que contenga una renuncia a la solicitud de medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales.

3. Notificación de actos y obtención de pruebas

12. El apoyo judicial al procedimiento arbitral es más que deseable para realizar actos procesales de obtención de pruebas y, en menor medida, actos procesales de notificación. En efecto, el arbitraje internacional permite utilizar medios de notificación privada a las partes, por lo que rara vez resulta necesario el recurso a mecanismo de auxilio judicial internacional para llevar a cabo notificaciones. No obstan-

¹⁷ *Vid. v.gr.*, en este sentido C. González–Bueno Catalán de Ocón, “Art. 23: Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 420.

te, en caso de incomparecencia del demandado en el procedimiento arbitral, tanto las partes como el tribunal arbitral deben ser cautelosos a la hora de garantizar que los intentos de notificación de la demanda arbitral o del inicio del procedimiento se hicieron con la suficiente diligencia en el domicilio del demandado, para evitar que un laudo dictado en rebeldía se considere viciado por indefensión del demandado. Cuando el domicilio del demandado se encuentra fuera del ámbito territorial de la sede arbitral, puede ser aconsejable que se utilicen vías de notificación fehacientes, que aconsejarían el recurso a autoridades públicas del país en que debe realizarse la notificación.

Con más frecuencia, el auxilio judicial puede ser necesario para la obtención de pruebas, ya se trate de obtener documentos o pruebas en manos de terceros (*v.gr.*, art. 1.469 CPC francés) o de realizar actos de instrucción o de practicar pruebas periciales, oculares o testificales. Cuando dichas pruebas deban obtenerse o practicarse en el lugar en que se desarrolla el procedimiento arbitral, el recurso a las autoridades de la sede no suscita mayores problemas. Sin embargo, en el arbitraje comercial internacional es muy habitual que los árbitros precisen la intervención de autoridades judiciales de países distintos a los de la sede arbitral, “donde debe prestarse la asistencia”, por utilizar los términos con que el art. 8 LA define el criterio de competencia territorial alternativo en los arbitrajes que, por desarrollarse en España, quedarían sujetos a dicha Ley.

13. Un principio de mínima intervención judicial, aplicado a los supuestos de apoyo en el auxilio judicial internacional para la obtención de pruebas, no resulta aconsejable. Por una parte, tanto los Reglamentos europeos¹⁸ como los convenios de la Conferencia de La Haya¹⁹ limitan su aplicación a la asistencia internacional vinculada a procedimientos jurisdiccionales y solicitada por órganos jurisdiccionales o autoridades públicas. La limitación es la misma que se encuentra en el régi-

¹⁸ Reglamento (CE) n° 1.397/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) n° 1.206/2001, del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.

¹⁹ Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 noviembre 1965; Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materias civil o comercial, de 18 marzo 1980. *Vid.* sobre el particular J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 152–154 y 159–161.

men común de asistencia internacional contenido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

En consecuencia, la posibilidad de utilizar estos mecanismos de auxilio judicial internacional es puramente indirecta, pues exige la intervención del juez de apoyo correspondiente a la sede arbitral, a quien se cursará la solicitud de asistencia para la obtención de una prueba o la práctica de un acto de instrucción y que, a su vez, procederá como autoridad judicial a poner en marcha el mecanismo de auxilio judicial internacional por las autoridades de otro Estado. La aplicación de los textos internacionales exige interpretar que los procedimientos jurisdiccionales de auxilio del arbitraje no se hallan excluidos de su ámbito de aplicación, afirmación a nuestro juicio razonable, pero que se ha puesto en duda por algunos autores²⁰.

El inconveniente que supone este mecanismo complejo para la agilidad y el buen fin del procedimiento arbitral apunta a la necesidad de reforzar en este caso la intervención judicial, a través de una doble vía. Por un lado, mediante la elaboración de un convenio internacional que complemente al Convenio de Nueva York de 1958 (CNY) y al CG de 1961, establecimiento mecanismos internacionales de auxilio judicial a los procedimientos arbitrales, de forma que los árbitros que actúen en eventuales Estados parte de este nuevo convenio puedan cursar directamente solicitudes de apoyo judicial a órganos jurisdiccionales situados en Estados diferentes al de la sede arbitral. En defecto de solución convencional, o hasta que dicha solución sea efectiva, resulta aconsejable que las legislaciones arbitrales nacionales o las normas sobre asistencia internacional contemplen mecanismos que faciliten dicho acceso a las partes o a los tribunales arbitrales que han entablado una controversia en una sede ajena al territorio de dichos Estados, en que la medida de instrucción o prueba deba adoptarse, como ocurre en Alemania, Inglaterra o Suecia pero no en otras latitudes, como Suiza (art. 184.2^o Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987)²¹.

²⁰ Vid. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^a ed., Oxford University Press, 2009, p. 405, n^o 6–149, y más extensamente 3^a ed., 1999, pp. 322–323, n^o. 6–80.

²¹ Vid. B Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3^a ed., Berna, Stämpfli Publications, 2015, En particular, es preciso que los mecanismos de asistencia judicial internacional previstos en las legislaciones nacionales se extiendan por igual a los procedimientos judiciales y arbitrales desarrollados en el extranjero. Baste a este respecto señalar el debate doctrinal y judicial recientemente suscitado en los EE.UU. sobre la aplicación a los procedimientos arbitrales en el extranjero de la posibilidad de acceder a la jurisdicción norteamericana que brinda el estatuto 28 USC § 1782,

4. Reconocimiento y ejecución de laudos

14. En principio, el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero (o considerados extranjeros aunque se hayan dictado en el Estado requerido) constituye una manifestación del auxilio o cooperación judicial internacional en apoyo de la eficacia internacional de los procedimientos arbitrales. Sin embargo, el juego de las condiciones de reconocimiento configura a este procedimiento, junto con el procedimiento de anulación, como la piedra de toque de los mecanismos de control judicial del laudo. Ni que decir tiene que un sistema de ejecutividad inmediata de los laudos arbitrales extranjeros, sin necesidad de reconocimiento, optimizaría el principio de mínima intervención judicial. Tal es el caso, entre los Estados parte, de los laudos dictados en materia de arbitraje de inversiones de conformidad con el Convenio de Washington de 18 marzo 1965 (art. 54).

La amplia aceptación y vigencia de la Convención de Nueva York de 10 junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras podría conducir a la falsa creencia en la existencia de una armonización internacional del procedimiento y de las condiciones de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Al contrario, en esta materia el Derecho comparado suministra diferencias marcadas, que permiten asignar grados muy diversos en la aplicación del principio de mínima intervención judicial en este ámbito a sistemas nacionales que comparten la aplicación, incluso *erga omnes*, del texto convencional. La razón no es otra que el principio de favor *recognitionis* amparado en el art. VII del propio Convenio, que admite la sustitución de las reglas del Convenio, y en particular las que se refieren al alcance de sus condiciones, por las reglas vigentes en el sistema jurídico del Estado requerido que puedan resultar más favorables al reconocimiento. Cuánto más característica e intensa es dicha sustitución, más se acentúa y optimiza el principio de mínima intervención judicial.

15. Si seguimos el mismo orden con que se estructuran las condiciones de reconocimiento en el propio Convenio, el control de la incapacidad de las partes conforme a su ley aplicable y el control de la validez del acuerdo arbitral aparecen en primer término [art. V.1º a)]. En particular, el control de la validez del acuerdo arbitral en la fase de

al objeto de obtener pruebas documentales o testificales (*vid.* T.J. Folkman y D.L. Evans, "The U.S: Judicial Assistance Statute: A Powerful Tool in International Arbitration?", *Disp. Res. J.*, vol. 69, 2014/1, pp. 1-14).

reconocimiento y ejecución implica de suyo una intervención en una de las cuestiones esenciales que se engloban en la competencia del tribunal arbitral para determinar su propia competencia.

En muchos sistemas arbitrales, la validez del acuerdo arbitral se configura como una cuestión material que los árbitros dilucidan conforme a criterios sustantivos²². En la mayoría se sigue, no obstante, un criterio conflictual. Pero la fórmula conflictual admite variables, aun cuando mayoritariamente juegue con un criterio de favor *validitatis*. Así, el sistema español parece mucho más favorable a la validez del acuerdo arbitral, y por tanto al reconocimiento del laudo, que el Convenio de Nueva York. Este no utiliza, en realidad, un criterio de *favor validitatis*: resulta nulo el acuerdo arbitral si así lo establece la ley elegida por las partes para regir dicho acuerdo o, solo en su defecto, la *lex arbitri* (entendiendo el lugar en que se ha dictado la sentencia como lugar de la sede del arbitraje). En contrapartida, el Derecho español (y muchos otros sistemas) prevé una acumulación de leyes aplicables de forma alternativa: el art. 9.6º LA permite admitir la validez del acuerdo, y por tanto reconocer el laudo, si así lo establece, indistintamente, la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, la ley aplicable al fondo de la controversia o la propia ley española, como ley del foro o Estado requerido. La aplicación del art. 9.6º (en relación con el art. 1.2º LA) es pertinente en el ámbito de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros para favorecer en el sentido indicado el reconocimiento de la validez de los acuerdos arbitrales y de los laudos dictados en su virtud y, en consecuencia, optimizar el principio de mínima intervención judicial de control o, si se quiere, de máxima intervención judicial de cooperación (en este caso para el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral).

Una interpretación extensiva permitiría asimismo no restringir la aplicación del Convenio de Nueva York ni impedir el reconocimiento de laudos arbitrales basados en acuerdos de arbitraje que no se atuvieran a la forma escrita contemplada en el art. II del Convenio, pero que resultaran formalmente válidos en el Estado requerido o en una ley que según el Estado requerido pudiese aplicarse a la validez for-

²² Tal es el caso del sistema francés, según la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* en los asuntos *Hetch* (sentencia de 4 julio 1972) y *Dalico* (sentencia de 20 diciembre 1993). Vid. Sentencias de la *Cour de Cassation* de 7 junio 2006 (*Rev. arb.*, 2006, p. 945, nota de E. Gaillard) y de 8 julio 2009 (*Rev. arb.*, 2009, p. 529, nota de D. Cohen). Para más detalles, vid. C. Seraglini y J. Otrscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 488-501.

mal del convenio de arbitraje²³. Así, en el sistema francés, la validez formal de la convención de arbitraje se valora, en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, conforme a los criterios de libertad de forma del Derecho francés, como ley del Estado requerido, por lo que directamente resulta más favorable que cualquier otra interpretación o aplicación del art. V.1º.a) del Convenio.

16. Existe cierta vacilación a la hora de precisar el alcance de la condición de reconocimiento contenida en el art. V.1º.b) del Convenio. La eventual inclusión del orden público internacional procesal del foro en el ámbito del art. V.2º.b) reduciría el ámbito de aplicación de esta condición, que según parte de la doctrina reflejaría únicamente ciertos estándares internacionales o uniformes de carácter sustantivo sobre el régimen de notificaciones y los derechos de defensa de las partes en el arbitraje²⁴. Sin embargo, la inclusión del orden público internacional procesal (*due process*) en este precepto constituye la regla de delimitación o interpretación más conforme con el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje, dado que mientras que la condición de orden público (sustantivo) del art. V.2º.b) se apreciaría de oficio, la de orden público procesal se controlaría por los jueces únicamente a instancia de parte. El control del orden público procesal a instancia de parte se compadece además con el principio, claramente extendido en materia de arbitraje, que impone a la parte que cree haber sufrido una mengua de sus derechos de defensa la obligación de invocar tal circunstancia durante el procedimiento arbitral desde que la hubiese conocido o debido conocer²⁵, pues de otra

²³ V.gr. arts. 7 opción B de la Ley Modelo UNCITRAL, art. I.2º.a) del Convenio de Ginebra de 1961, o art. 1.507 CPC francés. Estas leyes podrían, en el caso de España, resultar llamadas a regir la validez formal del convenio arbitral en virtud del art. 9.6º LA [*vid.* sobre el sentido amplio de dicho precepto, incluyendo la eficacia formal, M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007, p. 329].

²⁴ *Vid.* Fouchard Gaillard Goldman..., *op. cit.*, nº. 1696, pp. 985–986. Sobre el solapamiento entre el art. V.1º.b) y el V.2º.b) CNY y su carácter excluyente o acumulativo *vid.* AA.VV., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary to the New York Convention)*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 234–237; R. Wolff (ed.), *New York Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Munich, CH. Beck, 2012, pp. 291–292.

²⁵ V.gr., art. 39 Regl. CCI; art. 32 Regl. Uncitral; art. 31 Regl. Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 73 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996; art. 1.446 CPC francés. La interpretación del art. 6 LA parece más tibia, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige una renuncia clara, terminante e inequívoca, y solo excepcionalmente tácita (*v.gr.* STS 623/2013 de 13 de octubre), aunque la jurisprudencia menor aplica un test más severo con la inactividad del recurrente durante el procedimiento arbitral [*Juris-*

forma perdería su derecho a invocarla en la fase de control del laudo, tanto en el procedimiento de anulación como en el de reconocimiento y ejecución del laudo.

17. El motivo del art. V.1º.c) CNY abarca, por una parte, los laudos que exceden las materias sujetas a arbitraje en el acuerdo de arbitraje; por otra, aquellos laudos que se exceden, se apartan o incluso no alcanzan en su resolución el *petitum* de la demanda arbitral. En ambos casos, no se respeta la misión encomendada por las partes al tribunal arbitral. Se trata, quizás, del motivo de reconocimiento que menos admite en la práctica un sistema más favorable al reconocimiento, por lo que no es fácil aportar idea alguna para optimizar su tratamiento desde la perspectiva del principio de mínima intervención judicial en el arbitraje.

18. El respeto a las reglas procedimentales [art. V.1º.d] es una de las condiciones en que el CNY se muestra más obsoleto. En realidad, se trata de una condición que en sí misma debería ser eliminada. Por una parte, si el tribunal ha desconocido los acuerdos de las partes sobre el desarrollo y las reglas del procedimiento arbitral, la condición debería reconducirse a una condición referida al respeto de la misión de las partes, entendida de modo amplio [art. V.1º.c)]. Pero, sobre todo, en defecto de acuerdos de las partes sobre el desarrollo del procedimiento, el control del respecto de las normas procedimentales de la sede del arbitraje no se compadece con la tendencia actual a dejar las cuestiones procesales fuera del ámbito de aplicación de la *lex arbitri*.

En efecto, como se desprende del propio art. 25 LA²⁶, la tendencia actual consiste en desligar las reglas de procedimiento de la *lex arbitri*, confiriendo a los árbitros una potestad plena en la conducción del arbitraje y en la determinación de las normas y reglas de procedimiento. El control de dicha conducción procesal debe quedar constreñido al respeto a los principios que garantizan los derechos de defensa [art. V.1º.b)] o al orden público internacional en un sentido amplio [art. V.2º.b)]. En qué medida una regla procesal de la *lex arbitri* es imperativa internacionalmente corresponde decidirlo a la jurisdicción primaria en un procedimiento de anulación. Cualquier intervención en esta dirección de la jurisdicción secundaria (el juez del exe-

prudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España), Cizur Menor, Aranzadi–Thomson–Reuters, 2013, pp. 121–124].

²⁶ El mismo principio se puede encontrar formulado, por ejemplo, en el art. 19.2º LMU, el art. 1.509 del CPC francés, el art. 182.2º de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, el art. 17 Regl. Uncitral, el art. 14.2º Regl. LCIA o en el art. 18 Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

cuátur) no se compadece con el principio de mínima intervención judicial: en el reconocimiento de laudos extranjeros, el juez del Estado requerido cumple con desestimar el reconocimiento si se ha vulnerado, a través de la conducción procesal del arbitraje, una regla de orden público internacional vinculada a los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva conforme a los parámetros constitucionales del propio Estado requerido.

19. Más delicada se antoja la omisión de la condición contemplada en el art. V.1º e) cuando el laudo arbitral ha sido anulado en la jurisdicción primaria (de la sede arbitral). Como es bien sabido, sobre la base del art. VII del Convenio, aunque con diferente fundamento, el reconocimiento de laudos anulados en la sede ha sido reconocido con mayor o menor énfasis en sistemas como el francés y el norteamericano²⁷. *A priori*, esta opción parecería quintaesenciar, frente al criterio del Convenio de Nueva York, el principio de mínima intervención judicial en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: por una parte, la intervención es tan mínima que no se reconoce ni siquiera la intervención judicial realizada en anulación por los tribunales del Estado de la sede; por otra, la fórmula puede entenderse como una alternativa para evitar otro mecanismo de intervención: las medidas anti-proceso o *anti-suits injunctions*, mediante la conocida como “fórmula Pertamina”²⁸.

²⁷ Sobre el diferente alcance de esta circunstancia en cada uno de los sistemas y, sobre todo, sobre su distinto fundamento en los diversos precedentes jurisprudenciales, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Antisuits injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una ‘liaison dangereuse’”, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 15–27. Frente al modelo francés, más sistemático y formalista [*Vid.* entre la jurisprudencia más reciente, la Sentencia *Cour de Cassation* de 26 junio 2013 (*EGPC*), *Rev. arb.*, 2013, p. 1.022, nota de M. Laazouzi; Sent. *Tribunal de Grande Instance* de París 16 mayo 2012 (*Maximov v Novolipetsky Steel Mill*)], el Derecho norteamericano [*vid.* entre la jurisprudencia más reciente: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C. V. v Pemex-Exploración y Producción*, No 10 Civ 206 (AKH), 2013 WL 4517225 (S.D.N.Y. Aug. 27, 2013), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 537–541], y también otros sistemas como el inglés [*Yukos Capital SARL v. OSJC Rosneft Oil Company* (QBD 2014), EWHC 2188 (Comm) 3 julio 2014, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, pp. 526–529; *Malicorp Ltd v Egypt* [QBD 2015] EWHC 361 (Comm)] o el holandés [Sentencia del *Gerechshof* de Ámsterdam de 18 septiembre 2012 (*Maximov v Novolipetsky Metallurgicheskoy Kombinat*), *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 427–430], parten de una consideración más flexible que tiene en cuenta el grado de vinculación y previsibilidad de la jurisdicción primaria y, sobre todo, los estándares internacionalmente homologables de los motivos de la anulación.

²⁸ Toma su nombre de la decisión norteamericana de la *Court of Appeal (5th Circuit)* de 18 junio 2003 en el asunto *KBC v. Pertamina* que formuló una proposición consistente en minimizar o eliminar estas órdenes conminatorias —indudable fuente de inseguridad e

Su conveniencia, sin embargo, dista de ser pacífica. A menudo, lo que provoca el reconocimiento del laudo anulado en el país de la sede es una multiplicación de las intervenciones judiciales, cuando una de las partes, obligada a pagar en el país de la sede, es exonerada en el país de ejecución, e invitada a intentar recuperar en el segundo lo que hubo de pagar en el primero: una suerte de *forum shopping executio-nis*²⁹. La solución ponderada a esta cuestión implica en realidad un debate más amplio en torno a la conveniencia del progresivo debilitamiento del papel de la sede arbitral y, en particular, de la lógica del respecto a dicha sede en el mecanismo convencional del CNY³⁰, particularmente cuando son las partes quienes han elegido una determinada sede y confían en los mecanismos de control que dicha sede proporciona.

20. El control de la arbitrabilidad, apreciable de oficio a tenor del art. V.2º.a) CNY ofrece asimismo un margen de apreciación tan amplio como el orden público, según el mayor o menor grado de rigor con que un determinado sistema caracteriza las materias que se excluyen del arbitraje o, lo que es lo mismo, el margen de intervención pública en el ámbito del comercio.

Al margen de esta cuestión, a la que nos referiremos más adelante, en el ámbito específico de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, el control de la “arbitrabilidad” puede ser objeto de diversas críticas. Si, como ocurre en el sistema francés, la arbitrabilidad se entiende como una cuestión esencialmente determinante de la validez del convenio arbitral, lo lógico es contemplar dicho control en el marco de la condición prevista en el art. V.1º.a) CNY, y solo a instancia de

ineficiencia en la solución de controversias comerciales transnacionales— a través de una suerte de compensación consistente en el reconocimiento flexible de la eficacia del laudo arbitral dictado en el país de la sede, independientemente de su anulación o de la suerte que haya corrido dicho laudo en el sistema jurídico correspondiente a la jurisdicción primaria. La fórmula “Pertamina” ha sido aplaudida en Europa por autores de indudable prestigio, como E. Gaillard [*vid.* “Antisuit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine”, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 1.105– 1.114] y J.C. Fernández Rozas (*vid.* “Anti-suit injunctions et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Sevilla, 2005, pp. 585–586].

²⁹ *Vid.* S. Bollée, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008/1, pp. 122–123; R. Goode, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int'l*, 2001, p. 34; G.C. Petrochilos, “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention”, *Int'l Comp. L. Q.*, 1999, p. 884.

³⁰ *Vid.* en este sentido M. Virgós Soriano, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, nº 6679, 26 marzo 2007, pp. 9–10.

parte. Esta concepción, desde luego, refleja el principio liberal que anima al Derecho francés, pero puede no resultar convincente en otros sistemas más favorables a justificar el control de la arbitrabilidad por razones de interés público.

Un control de oficio genérico de la arbitrabilidad de la materia conforme al Derecho del Estado requerido tampoco resulta siempre justificado. Según este planteamiento, la condición requiere una intervención judicial, de oficio, para garantizar los intereses públicos o de protección que justifican la calificación como no arbitrable de una materia en el Estado requerido. Pero tal condición parece más bien asumible dentro del control genérico del orden público internacional. Y como ocurre con esta condición de orden público, la intervención únicamente está justificada si se da una vinculación económica o *Inlandsbeziehung* con el Estado requerido. Es perfectamente posible que la parte beneficiada por un laudo dictado en un Estado donde la materia es perfectamente arbitrable trate de reconocerla en otro Estado, cuya única vinculación económica con el caso es el mero hecho de que el condenado tenga algunos bienes disponibles para ejecución. No parece que, en tal hipótesis, la denegación del reconocimiento conforme a los estándares de arbitrabilidad en el Estado requerido tenga sentido alguno, en la medida en que no protege ningún interés público o general de orden económico vinculado con dicho Estado. En suma, el control de arbitrabilidad deberá quedar subsumido, de un lado, en el control de la validez del acuerdo arbitral y, de otro, en el orden público internacional, y desaparecer como criterio de intervención autónoma en el ámbito de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En particular, la reconducción de la arbitrabilidad al orden público presenta la ventaja de adecuar dicho control a la tendencia que justifica, en la actualidad, el recorte de materias no aptas para el arbitraje. Es una idea común que la posibilidad, más bien la necesidad, de que los árbitros apliquen leyes de policía y normas de intervención o imperativas vigentes en Estados vinculados a la controversia, tales como las normas que regulan la libre competencia, justifica la apertura del arbitraje en sectores claramente intervenidos, como el mencionado u otros (sociedades, procedimientos concursales, propiedades especiales, etc.), pero en los que las partes pueden transigir sobre ciertos extremos o se admite un grado suficiente de disponibilidad³¹. El contra-

³¹ Esta es, para muchos, la lectura que se desprendía de la STJCE 1 junio 1999 (as. C-127/97: “Eco-Swiss”), que estableciendo la necesidad de que los árbitros aplicasen las

punto a esta tendencia hacia la arbitrabilidad es, necesariamente, la facultad de los árbitros para tener en cuenta y aplicar las normas de intervención, de policía o internacionalmente imperativas de los Estados u organizaciones internacionales que presentan una vinculación suficiente con la controversia. En otro lugar hemos tratado de justificar las razones de esta facultad de los árbitros³². Por lo que ahora interesa nos limitaremos a señalar que, al igual que los árbitros, el juez del ejecutivo debe y puede realizar un control de la aplicación de dichas normas de orden público internacional o transnacional, tanto del foro como de un tercer Estado o de una organización internacional vinculados a la controversia. Y con idénticas limitaciones y restricciones que acompañan al control de orden público debería asimismo proceder al control de la arbitrabilidad.

21. En efecto, el control de la arbitrabilidad con los parámetros del orden público conlleva necesariamente una limitación de la condición y, en consecuencia, optimiza el reconocimiento (máxima intervención judicial de cooperación y mínima intervención judicial de control). El orden público internacional [art. V.2º.b) CNY] implica un control excepcional o restringido en un triple sentido. Por una parte, por lo que se refiere al orden público internacional del foro, debe existir una vinculación territorial suficiente que justifique la aplicación de normas que son esencialmente de intervención económica. En segundo lugar, como condición de reconocimiento, la contradicción con dichas normas o principios debe ser “manifiesta”, por lo que su recurso es restrictivo y excepcional. Por último, el principio de no revisión en cuanto al fondo del laudo arbitral extranjero requiere que la caracterización como una regla o principio de “orden público internacional” sea especialmente rigurosa, pues no basta una imperatividad interna, sino la identificación de un principio o valor tan esencial o constitucional, que justifique su extraterritorialidad.

En algunos sistemas, este principio del orden público internacional, compatible con el principio de no revisión en cuanto al fondo, se diluye en la medida en que caben en el procedimiento de anulación, o en el

normas europeas sobre libre competencia reconocía, implícitamente, la posible arbitrabilidad de la materia.

³² Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LXI, 2009/1, pp. 62–28; *id.*, “Elección de ley y normas imperativas en el arbitraje comercial internacional”, *Derecho Internacional Privado –Derecho de la libertad y el respeto mutuo– Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*, Asunción, CEDEP y ASADIP, 2010, pp. 593–614.

procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, supuestos excepcionales de revisión sistemática de fundamentos o razonamientos jurídicos, tal y como se produce en Inglaterra con el *appeal on point of law* del art. 69 LA, o en alguna jurisprudencia de los EE UU admitiendo el *manifest disregard of the law* como motivo de anulación o de denegación del reconocimiento de un laudo extranjero³³.

En relación con esta condición, el principio de mínima intervención judicial requiere mantener firmemente su carácter excepcional junto con el principio de no revisión sistemática del fondo. En particular, la necesidad de motivar el laudo, que en muchos sistemas puede excluirse por voluntad de las partes³⁴, no implica en modo alguno la posibilidad de entrar en el contenido de dicha motivación. Es más, la ausencia de motivación, cuando resulta procedente, se reconduce propiamente al motivo vinculado a los derechos de defensa u orden público procesal, que en el Convenio debería hacerse valer a instancia de parte. Dicho control se circunscribe a determinar la ausencia de motivación o su absoluta arbitrariedad, pero no la corrección argumental ni el acierto jurídico. Solo cuando dicha motivación no se compadece con un arbitraje de Derecho o ha ignorado de forma manifiesta el Derecho aplicable al fondo establecido por voluntad de las partes, puede habilitarse alternativamente la condición referida al respecto de la misión encomendada.

22. Al margen de las condiciones de reconocimiento, otras cuestiones pueden ayudar a precisar, en este ámbito, el principio de mínima intervención judicial. En particular, la intervención judicial en la eficacia de los laudos arbitrales extranjeros puede resultar indirecta, si se reconocen sentencias judiciales extranjeras que han desconocido acuerdos arbitrales válidos según los criterios del sistema jurídico del Estado requerido. Fuera del espacio judicial europeo, el sistema español parecería apuntar a un sistema de mínima intervención judicial,

³³ Incluso en sistemas como el español, tradicionalmente respetuosos con el principio de no revisión de fondo en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos, la jurisprudencia reciente en materia de arbitraje interno apunta a una preocupante y demagógica tendencia a proceder a dicho control de fondo de la motivación de los laudos sobre la base de caracterizar como manifestación del orden público, de forma harto infundada, principios del Derecho contractual tan genéricos como la buena fe o la lealtad negocial [SSTSJ Madrid 13/2015, de 28 de enero; 27/2015, de 6 abril 2015; 30/2015, de 30 abril 2015; 74/2015, de 23 octubre 2015]. *Vid.* G. Stampa, comentario a las SS TSJ Madrid C-P 28 enero 2015, de 6 abril 2015 y de 14 abril 2015, *Diario la Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015. Es de esperar que el *dislate* no se extienda al ámbito de la contratación internacional.

³⁴ Sin ir más lejos, conforme al propio art. VIII CG.

rechazando sobre la base del art. II.3º CNY el reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras que desconozcan un convenio arbitral válido. La excepción de arbitraje en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras actuaría pues como un supuesto adicional específico de control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen [STS 1ª nº 558/20017 17 mayo 2007]³⁵. En contrapartida, la peculiaridad del sistema europeo impone el reconocimiento de la sentencia judicial extranjera que desconozca un acuerdo arbitral en principio válido en el Estado requerido, por las exigencias que impone el principio de confianza comunitaria, la evicción del control de competencia judicial del tribunal de origen y la propia exclusión del arbitraje comercial internacional precisada en el cdo. 12º del Reglamento (UE) nº 1.215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁶.

III. Intervención judicial de control

1. Control del acuerdo arbitral e integridad del procedimiento arbitral

23. El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje se formula esencialmente en relación con los mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral. Desde este punto de vista, el principio requiere el máximo respeto posible de la integridad de los procedimientos arbitrales y se manifiesta, en primer lugar, a través de la primacía del arbitraje sobre la solución judicial de la controversia contemplada en el acuerdo arbitral. Dicha primacía, formulada en el art. II.3º CNY, implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en favor de la solución arbitral cuando así se suscite, ya sea con carácter principal o de forma incidental a través de la excepción de arbitraje.

24. La prevalencia e integridad del procedimiento arbitral sobre la intervención jurisdiccional se muestra de forma diversa según que el procedimiento arbitral se haya iniciado o no. Cuando el procedimiento arbitral aún no ha comenzado, la inhibición de los órganos jurisdiccionales se fundamenta propiamente en los efectos negativos de la

³⁵ RJ 2007/3178. Vid. M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín, *op. cit.*, pp. 615–617.

³⁶ STJCE 29 marzo 2000 (as. C–7/98: *Krombach*); STJCE 10 febrero 2009 (as. C–185/07: *West Tankers*); SAP Cádiz 7ª nº 54/2007, de 12 de julio (RAC 2007/2204).

convención de arbitraje. En tales casos, los jueces deben evaluar la validez y eficacia de la cláusula antes de declinar su competencia y las condiciones de dicho análisis perfilan el verdadero alcance de principio de mínima intervención judicial. Al igual que señalábamos en relación con la constitución del tribunal arbitral, se contraponen dos modelos fundamentales: el más extendido en este punto parece apuntar a un sistema de cognitio plena (arts. II.3º CNY o art. 8 LMU), al que parece adherirse el sistema español: a instancia de parte, corresponde al juez analizar de forma sistemática los requisitos de validez formal y sustancial de la cláusula. Dicho control, sin embargo, aparece atenuado en sistemas, como el francés, que optimizan el principio de mínima intervención a través de un control o sistema de cognitio limitada, que únicamente permite desestimar la excepción de arbitraje en aquellos casos en que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o ineficaz, es decir, si la ineficacia de la cláusula resulta *prima facie* evidente en el sentido señalado más arriba. Esta doctrina, claramente establecida en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 junio 2006 en el asunto *Jules Verne* se expresa hoy, tras la reforma de 2011, en el art. 1.448 del CPC francés.

25. Junto a la diferencia señalada, el principio de mínima intervención judicial recomendaría asimismo un planteamiento diferente acerca del control de la competencia judicial, exclusivamente a instancia de parte mediante la declinatoria o excepción de arbitraje (*v.gr.*, art. 11 LA), regla muy extendida en los diferentes sistemas arbitrales. Ciertamente, la sumisión tácita por las partes a los órganos jurisdiccionales conlleva una renuncia a la convención de arbitraje y un acuerdo posterior favorable a la solución jurisdiccional. Sin embargo, esta conclusión no es extensible a aquellos supuestos en que una de las partes vinculadas por el acuerdo arbitral no comparece ni manifiesta voluntad alguna de sumisión. En supuestos de incomparecencia del demandado, al igual que ocurre en el ámbito jurisdiccional, la inhibición en favor del arbitraje y la incompetencia del órgano jurisdiccional debería producirse de oficio cuando se trata de un supuesto internacional, al menos en ciertos casos. En este punto, en efecto, la internacionalidad del supuesto puede aconsejar soluciones diferentes, como acredita el propio art. 28 del Reglamento “Bruselas I bis”, en especial si el demandado se halla domiciliado en un Estado distinto al que se plantea la demanda. La diligencia o carga procesal razonable exigida al demandado en orden a plantear la declinatoria no puede ser la misma para el demandado domiciliado en el foro que para el demandado domiciliado en otro Estado.

26. En el caso de un arbitraje ya iniciado, el planteamiento de una demanda jurisdiccional puede modificar la perspectiva del problema. Por una parte, es dable que exista la tentación de contemplar el caso como una cuestión de litispendencia, aplicando por analogía las reglas de litispendencia interna, que puede beneficiar la competencia judicial frente a la arbitral, por el mero hecho de la prioridad temporal en la presentación de la demanda. Evidentemente, este planteamiento es erróneo, pues si existe una convención de arbitraje eficaz no puede haber litispendencia, pues no solo el órgano jurisdiccional resulta incompetente en virtud de la convención de arbitraje, sino que el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal arbitral depende de los propios árbitros en virtud del principio competencia–competencia.

Dicho en otros términos, cuando el arbitraje ya se ha iniciado, la integridad del procedimiento arbitral y la no intervención judicial viene impuesta por los efectos negativos del principio competencia–competencia, más que por los efectos negativos propiamente dichos del convenio arbitral. Por ello, los sistemas más respetuosos con el principio de no intervención judicial excluyen cualquier posibilidad de control o *cognitio* por parte de los órganos jurisdiccionales (art. 1.448 CPC francés, art. 817 CPC italiano, art. VI.3º CG). La intervención, por tanto, solo puede producirse por la vía de control en la anulación o en el reconocimiento y ejecución del laudo, una vez terminado el procedimiento arbitral. Queda descartado el riesgo de procedimientos paralelos.

La mayoría de los sistemas, sin embargo, únicamente contemplan este efecto negativo pleno frente a las acciones que impugnen con carácter principal la validez del acuerdo y del procedimiento arbitral³⁷. Al contrario, cuando una de las partes interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional y se plantea por la otra parte la declinatoria o la excepción de arbitraje, los órganos jurisdiccionales proceden a controlar la validez del acuerdo arbitral, aun cuando el tribunal arbitral esté constituido y el procedimiento arbitral, en marcha. Ciertamente, semejante control debería estar, cuando menos, restringido a una *cognitio* limitada en caso de manifiesta nulidad o ineficacia *prima facie* del acuerdo arbitral. Así parece sugerirlo la STS 23 mayo 2002³⁸ dentro del sistema español, o la jurisprudencia suiza si el procedi-

³⁷ Aunque en sistemas como el inglés ni siquiera se excluye el conocimiento por los órganos jurisdiccionales de esta acción principal.

³⁸ RJ 2002/6421.

miento arbitral tiene su sede en Suiza, pero no cuando se desarrolla en el extranjero, en cuyo caso la *cognitio* es plena³⁹.

En todo caso, como hemos señalado, en el caso de arbitraje ya iniciado el principio de mínima intervención judicial, unido al principio competencia–competencia, lo que recomienda es en realidad la admisión de la excepción de arbitraje sin control alguno de la eficacia de la cláusula, que será en su caso objeto de invocación por las partes en el procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución del laudo.

2. Medidas anti–proceso

27. Una de las claves para calificar el respecto al principio de mínima intervención judicial sobre el procedimiento arbitral, se halle iniciado o no, gira en torno a la práctica de las medidas anti–proceso o *anti–suit injunctions*. Dichas medidas pueden adoptarse tanto por los órganos jurisdiccionales como por los tribunales arbitrales con la finalidad de impedir o evitar tanto el acceso a los órganos jurisdiccionales como a los propios procedimientos arbitrales.

28. El principio de mínima intervención judicial no condiciona ni limita la eficacia de las *anti–suit injunctions* ordenadas por los tribunales arbitrales con el fin de garantizar la eficacia del acuerdo arbitral e impedir a las partes el recurso a los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, la posición más favorable a la integridad del arbitraje y a la mínima intervención judicial pasaría por fomentar el reconocimiento extraterritorial de estas medidas⁴⁰. No es previsible, sin embargo, que tales medidas tengan eficacia jurídica fácilmente, aunque puedan tenerla práctica, ni que los Estados estén dispuestos a admitir decisiones arbitrales que tengan por único objeto restringir el derecho de las partes a acudir a la tutela judicial que les brinde cada sistema jurídico.

29. Las medidas anti–proceso dictadas por los órganos jurisdiccionales suscitan una vinculación mucho mayor con el principio de mínima intervención judicial. Ya hemos analizado que la integridad del arbitraje se ve amenazada por mecanismos de control de la eficacia del convenio arbitral. Cuando la primacía del procedimiento judicial resulta establecida, bien porque se trata de una convención de arbi-

³⁹ Vid. B. Berger y F. Kellerhals, *op. cit.*, pp. 110–113.

⁴⁰ STJUE 13 mayo 2015 (as. C–563/13: *Gazprom*) ha precisado que el reconocimiento de las *anti–suits injunction* arbitrales queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas I bis”, por lo que cada Estado resolverá dicha cuestión conforme al régimen convencional o interno que resulte aplicable.

traje ineficaz o, más generalmente, una materia no susceptible de arbitraje, el corolario máximo de esta intervención judicial de control vendría dado por el dictado de medidas que pretendan forzar a las partes a renunciar universalmente al procedimiento arbitral o imponer dicho efecto al propio tribunal arbitral.

30. Por el contrario, la adopción de estas medidas de intervención dictadas por los órganos jurisdiccionales en favor del arbitraje, es decir, tratando de limitar que las partes recurran a órganos jurisdiccionales de otros Estados, vendría a significar una internacionalización del principio de mínima intervención judicial, por la misma pretensión de tratar de dotar a dicho principio de efectos extraterritoriales. Sin perjuicio de la eventual eficacia práctica de estas medidas, por las consecuencias que pudiera tener la desobediencia para las partes en el foro que las dicta, su eficacia jurídica⁴¹, al menos en el espacio europeo, se encuentra muy reducida en virtud del principio de confianza comunitaria y la doctrina establecida en la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Turner*⁴² y *West Tankers*⁴³. Por otra parte, no debe olvidarse que, en la práctica, las medidas anti-proceso pueden acabar provocando una cadena de anti-medidas (*anti-antisuit injunctions*) y desencadenando una auténtica guerra de intervenciones judiciales.

3. Control de la arbitrabilidad

31. El control de las materias susceptibles de arbitraje es parte esencial de la intervención judicial de control. Ya se ha señalado en qué medida este control se vincula con el propio control de la eficacia del convenio arbitral y con la noción de orden público internacional, especialmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. También se ha puesto de relieve la tendencia a la apertura de la arbitrabilidad de las controversias, compensada con la mayor frecuencia y apertura de los árbitros en la aplicación de las normas de Derecho público y de orden público económico de los Estados vinculados a la controversia.

Desde el punto de vista de la integridad del procedimiento arbitral, el principio de mínima intervención judicial implica rechazar la ex-

⁴¹ Sobre la ineficacia o no reconocimiento de las *antisuit injunctions* anglosajonas que restrinjan la competencia jurisdiccional de los tribunales de sistemas del *civil law*, *vid.* J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, pp. 366–367.

⁴² STJCE 27 abril 2004 (as. C-159/02).

⁴³ STJCE 10 febrero 2009 (as. C-185/07).

cepción de arbitraje y favorecer la inhibición del conocimiento por los órganos jurisdiccionales en un ámbito cada vez más amplio de materias, sobre la base de una interpretación extensa de los criterios de “libre disposición” o “carácter comercial o económico” de la controversia. Esta interpretación parece desde luego haber calado en la jurisprudencia española⁴⁴, incluso en la propia LA por lo que respecta a la arbitrabilidad de los contratos “públicos”⁴⁵. En efecto, El art. 2.2º LA supone una apuesta relevante en la apertura del arbitraje comercial internacional a los contratos suscritos por entes públicos. El propio Derecho francés sufre importantes incertidumbres a este respecto, abordado tanto por los tribunales como por el propio Consejo de Estado, que en una decisión reciente se ha arrogado ciertas competencias extraordinarias de intervención y control respecto a la anulación y el reconocimiento de laudos derivados de convenios de arbitraje que afectan a entes públicos franceses⁴⁶.

Dentro de esta tendencia, sin embargo, un aspecto particularmente sensible en el ámbito del arbitraje comercial internacional hace referencia al modo de resolver las relaciones entre la arbitrabilidad y los foros de competencia judicial internacional exclusiva contemplados en las normas de Derecho procesal civil internacional. Aunque los intereses públicos sean el fundamento de los denominados foros de competencia judicial internacional exclusiva (*v.gr.*, art. 24 del Reglamento “Bruselas I bis” o art. 22 LOPJ), es un lugar común que dichas competencias exclusivas no impiden la sumisión a arbitraje en la medida que se trate de cuestiones que las partes puedan resolver mediante transacción⁴⁷. Así, algunas cuestiones societarias son susceptibles de arbitraje, tales como la impugnación por los socios de un acuerdo de los órganos de la sociedad o incluso las referidas a una disolución convencional de una sociedad. En contrapartida, otras como la intervención de una sociedad por fraude o su liquidación forzosa pueden implicar la exclusión de la solución arbitral. Este criterio,

⁴⁴ *Jurisprudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España)*, Cizur Menor, Aranzadi–Thomson–Reuters, 2013, pp. 62–116.

⁴⁵ *Vid.* también art. 177.2º Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado y art. II.1 del Convenio de Ginebra de 1961.

⁴⁶ Sentencia de 19 abril 2013, *Rev. arb.*, 2013, p. 761, nota de M. Laazouzi. *Vid.* una excelente tesis de la evolución de esta cuestión en el Derecho francés en J.–M. Jacquet, Ph. Delebecque y S. Carneloup, *Droit du commerce international*, 3ª ed., París, 2014, Dalloz, pp. 851–859. Más ampliamente, aunque anterior a la última sentencia del *Conseil d'État*, M. Audit, “Arbitrage international et contrats publics en France”, *Contrats publics et arbitrage international* (M. Audit ed.), Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115–132.

⁴⁷ *Vid.* F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, pp. 312–314.

en realidad, se ajusta bien al principio de mínima intervención judicial, pues el carácter exclusivo o no de la competencia judicial no añade ni quita nada específicamente a la noción de materias arbitrables.

En contrapartida, la doctrina ha defendido en ocasiones que la existencia de una competencia judicial exclusiva supone una reducción territorial de las soluciones arbitrales. En España, se ha mantenido que el arbitraje como equivalente jurisdiccional explica que, tratándose de materias sujetas a competencias judiciales exclusivas de los tribunales españoles, únicamente quepa el desarrollo de procedimientos arbitrales con sede en España⁴⁸. El criterio no parece compadecerse con la naturaleza no jurisdiccional de la función arbitral, pero se suele amparar en el tenor literal del art. 722.II LEC, que impide brindar auxilio en forma de solicitud de medidas cautelares a los tribunales españoles cuando se trate de una materia que sea competencia exclusiva de los tribunales españoles. En realidad, el párrafo segundo del art. 722 LEC se limita a reproducir un principio general de nuestro sistema, bastante desafortunado y criticado, que excluye cualquier posibilidad de auxilio judicial internacional (notificaciones, obtención de pruebas, etc.) cuando sea solicitado por una autoridad o tribunal extranjero que conoce de una controversia que es competencia exclusiva de los tribunales españoles [art. 278.2º LOPJ y art. 14 b) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil]. Si en sí misma esta fórmula resulta desafortunada, más lo es el hecho de que se contamine con ella un ámbito en que no está en juego la concurrencia de competencias judiciales estatales, sino las relaciones entre jurisdicción y arbitraje. Una correcta estimación de la cuestión desde luego aconseja modificar el art. 722.II LEC; pero, sobre todo, el principio de mínima intervención judicial requiere no extrapolar dicha norma de forma que impida considerar automáticamente inarbitrable, fuera de España, una controversia sobre materias susceptibles de disposición, por el mero hecho de que en el ámbito jurisdiccional quede reservada a la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

4. Recurso de anulación

32. La anulación del laudo es sin duda el supuesto paradigmático de intervención judicial de control. El principio de mínima intervención judicial se formula de tal forma, y no como un principio de evicción de toda intervención judicial, porque prácticamente todos los sistemas, incluyendo el modelo institucional del arbitraje de inversio-

⁴⁸ M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 324-325.

nes del CIADI, establece de una forma u otra algún mecanismo de control jurisdiccional del laudo capaz de concluir con su anulación.

El principio de mínima intervención judicial se perfila en este ámbito en virtud no solo del alcance de las condiciones tasadas que facultan el recurso de las partes, sino también de la concepción del procedimiento de anulación: número de instancias, plazos, suspensión de la ejecución, decisiones susceptibles de anulación, etc. También resultan relevantes las opciones sobre el contenido del fallo. Algunos sistemas no solo contemplan la posibilidad de confirmación o anulación total o parcial, sino que permiten la remisión del laudo al tribunal arbitral para su corrección o incluso la modificación del laudo por el propio órgano jurisdiccional (*v.gr.*, art. 67 *Arbitration Act* inglesa). Todos estos elementos, y por supuesto el alcance de las condiciones, permitirán calificar un determinado proceso de anulación como más o menos intervencionista.

33. Al margen de estas circunstancias y conforme a los postulados que establecimos al inicio de esta contribución, el principio de mínima intervención judicial aplicado al recurso de anulación requiere, en todo caso, un tratamiento diferencial del recurso según que el laudo sea interno o internacional. Esta distinción resulta más difícil en un sistema unitario, como el español, y constituye uno de los argumentos en favor de un sistema dualista de reglamentación del arbitraje.

La comparación con el sistema francés lo pone bien de relieve: En primer lugar, las condiciones de anulación son diversas para los laudos internos (1.492 CPC) y para los laudos internacionales (1.520 CPC), siendo menos gravosas para los segundos. En segundo término, mientras que el recurso de anulación suspende la ejecución del laudo interno, no lo hace respecto del laudo internacional (arts. 1.496 y 1.526 CPC); por último, la renuncia al recurso de anulación solo se contempla en los arbitrajes internacionales, pero no así en los arbitrajes internos (art. 1.522 CPC).

34. La competencia judicial internacional para el recurso de anulación tiene menos importancia, desde el punto de vista del principio que se analiza. Con todo, la posibilidad de elección del fuero de anulación por las partes no cabe duda de que permitiría de alguna forma reducir el grado de intervención jurisdiccional. En Francia, la “anacionalidad” del arbitraje y la “flotabilidad” del laudo han permitido que se admita la posibilidad de que las partes elijan como foro de anu-

lación los tribunales de un Estado distinto al de la sede⁴⁹. Como posibilidad alternativa, la elección del fuero de la anulación viene a confirmar una tendencia clara a la minimización del papel de la sede arbitral, pero en realidad no minimiza la intervención judicial, sino que más bien la diversifica. Para que dicho foro sirviera al principio de mínima intervención judicial haría falta que dicha posibilidad competencial no fuera solo alternativa a la posibilidad de anulación ante los tribunales de la sede del arbitraje, sino excluyente o derogatoria como sugiere la *Cour d'appel* de París. Parece claro que los sistemas jurídicos, al menos los distintos al francés, están tan dispuestos a renunciar a su competencia de control en la anulación de los laudos dictados en su territorio como lo están los tribunales franceses a reconocer los efectos de la anulación de los laudos arbitrales por los tribunales de la sede arbitral.

IV. Conclusión

35. No se han analizado en este trabajo aquellos sistemas renuentes a reconocer el arbitraje como equivalente jurisdiccional y caracterizados, por tanto, por un principio de máxima intervención judicial en el arbitraje. Hemos partido del principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional que caracteriza a los sistemas abiertos y promocionales del arbitraje comercial internacional, con el objeto de demostrar que, aun partiendo del mismo postulado, existe un margen diferencial que aún separa de forma significativa a unos sistemas de otros. Se ha tratado de poner de relieve cuáles son los pasos que es posible dar para optimizar dicho principio a través de soluciones interpretativas o de modificaciones legislativas. Podemos indicar qué soluciones posibles aquilatan el principio, pero lo que no vamos a hacer es pronunciarnos en todo caso sobre su conveniencia.

Al cabo, la decisión de configurar un sistema consecuente con la mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional depende de la voluntad política de convertir a un determinado sistema jurídico, y por tanto a un Estado concreto, en una sede atractiva para el arbitraje comercial internacional. Como decisión estratégica o política, su formulación no compete ni a los operadores, ni a sus abogados, ni mucho menos a los académicos, sino al legislador. Conviene, sin embargo, que el legislador conozca cuáles son los medios para

⁴⁹ Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 17 junio 2004 en el asunto *Miss France*, *Rev. arb.*, 2006, p. 161, nota de T. Azzi.

alcanzar una determinada política legislativa, pero también que los jueces sean conscientes de tales medios para interpretar y poner en práctica los valores y las políticas legislativas que ya se encuentran formuladas o implícitas en un determinado sistema legal. Y parece claro que el sistema de arbitraje español presenta unas claves de evolución que justifican el desarrollo judicial conforme con la optimización del principio reconocido en el art. 7 LA.

Bibliografía

- AUDIT, M.: "Arbitrage international et contrats publics en France", *Contrats publics et arbitrage international* (M. Audit ed.), Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115-132.
- BERGER, B. y KELLERHALS, F.: *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publications, 2015.
- BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, y HUNTER, A.: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009.
- CIAMEN: *Jurisprudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España)*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2013.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C.: "Anti-suit injunctions et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral", *Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Sevilla, 2005, pp. 585 ss.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C.: "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001.
- FOLKMAN, T.J. y EVANS, D.L.: "The U.S: Judicial Assistance Statute: A Powerful Tool in International Arbitration?", *Disp. Res. J.*, vol. 69, 2014/1, pp. 1-14).
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (eds.): *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- GAILLARD, E.: "Antisuit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine", *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 1.105- 1.114.
- GÓMEZ JENE, M.: "Art. 7: Intervención judicial", *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (D. Arias Lozano, coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 67-68.
- GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C.: "Art. 23: Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares", *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 420 ss.
- GOODE, R.: "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", *Arb. Int'l*, 2001, p. 34 ss.
- IZZO, S.: "Arbitrato e tutela cautelare", *Arbitrato, ADR, Conciliazione* (M. Rubino Sammartano, ed.), Bolonia, Zanichelli, 2013.
- JACQUET, J.M., DELEBECQUE, Ph. y CARNELOUP, S.: *Droit du commerce international*, 3ª ed., París, 2014.

- LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. y KRÖLL, S.M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A. y MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, K.: “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de la jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, nº 8, 2010, pp. 3 ss.
- MANTILLA SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005.
- PETROCHILOS, G.C.: “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention”, *Int'l Comp. L. Q.*, 1999, p. 884.
- POUDRET, J.F. y BESSON, S.: *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002.
- REMÓN, J.: “Art. 15: Nombramiento de los árbitros”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 343.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Antisuits injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una 'liaison dangereuse””, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 15–27.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules after Rome I”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 12, 2010, pp. 67–91 [<http://hdl.handle.net/10481/36676>].
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LXI, 2009/1, pp. 62 ss.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Elección de ley y normas imperativas en el arbitraje comercial internacional”, *Derecho Internacional Privado –Derecho de la libertad y el respeto mutuo– Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*, Asunción, CEDEP y ASADIP, 2010, pp. 593–614.
- SERAGLINI, C. y OTRSCHEIDT, J.: *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013.
- VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007.
- VIRGÓS SORIANO, M.: “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, nº 6679, 26 marzo 2007, pp. 9–10.
- WOLFF, R. (ed.): *New York Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Munich, CH. Beck, 2012.
- YEŞİLIRMAK, A.: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2005.