

lidad del árbitro por no cumplir fielmente el encargo que le han realizado (art. 21 LA).

4. El laudo recurrido, como apunta la instante de la anulación del mismo, Passive 2005, S.L., además de adolecer de incogruencia *extra petita*, muestra incongruencia interna: ¿Cómo puede presentar como argumento principal de la decisión del árbitro la “clara unidad negocial” que se da entre el contrato de compraventa y la subrogación arrendaticia que integran el negocio jurídico y exigir, al tiempo, a la demandante la solicitud expresa de la resolución del contrato de cesión del arrendamiento del local? Estamos ante una actuación, utilizando palabras del magistrado ponente, “un tanto contradictoria” (fundamento de derecho tercero). Y aunque la audiencia provincial catalana no otorga especial énfasis a este dato, estamos, a nuestro juicio ante otra causa de anulación del laudo arbitral. Esta incongruencia o contradicción interna de la que adolece el laudo es motivo de anulación de éste, no por aplicación de la tercera causa de anulación, sino por defecto del laudo, aplicando la cuarta causa de anulación prevista por el legislador (“que (...) el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes...”).

Nulidad del laudo por falta de designación judicial del tercer árbitro y por haberse emitido el laudo fuera del plazo legal

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
nº 30/2010, de 2 de febrero de 2010) ***

Anselmo MARTÍNEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad de las Islas Baleares

1. La SAP Madrid nº 30/2010, de 2 de febrero de 2010, resuelve la acción de nulidad interpuesta por David Fuel Cell Components, S.L., contra un laudo arbitral resultado de un arbitraje de equidad dictado el 25 de septiembre de 2007, por un tribunal de arbitraje *ad hoc*, formado por tres árbitros, designados uno por cada parte y el tercero de mutuo acuerdo entre estos. La demandante solicitaba la nulidad del laudo basándose en tres argumentos: en primer lugar, por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a lo establecido en la Ley en relación al nombramiento del tercer árbitro, al haber sido este designado por las partes una vez transcurrido el plazo de 30 días

* *Vid. infra*, pp. 255-257.

señalado en el art. 15.2º.b) LA (F.J. 2); en segundo lugar, por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a las prescripciones procesales de la Ley, en tanto que el árbitro designado por la contraparte (La Innovadora, S.L.), se atribuyó funciones del Presidente del Tribunal Arbitral (F.J. 3); y, finalmente, por no haberse dictado el laudo en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla, conforme al art. 37.2º LA (F.J. 4).

La Audiencia desechó el segundo argumento, pero acogió el primero y el tercero de los argumentos, declarando la nulidad del laudo por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a las prescripciones de la Ley (art. 41.1º.d) LA). La sentencia anulatoria no entró en el análisis de otros dos motivos de anulación alegados, referentes a la notificación del laudo a las partes, y a resultar el laudo contrario al orden público, por considerarlo innecesario.

La importancia de la sentencia radica en que manifiesta que una parte de la jurisprudencia mantiene la interpretación estricta y objetiva que tradicionalmente hacía de los plazos establecidos en la LA, tanto para la designación de los árbitros como para la emisión del laudo, independientemente de que se tratara de un arbitraje de equidad, y de que las circunstancias que hubieran motivado en el caso concreto la extemporaneidad de las decisiones. Es más, manifiesta que, ante las dudas interpretativas sobre los efectos que la superación del plazo legal optan por mantener la interpretación correspondiente a la LA/1988, declarando la nulidad automática del laudo, por ser su extemporaneidad contraria al orden público, en lugar de realizar una interpretación más acorde con el carácter internacional predicado por la LA de 2003, que opta por eliminar esta causa de nulidad, sustituyéndola por la facultad de que cualquiera de las partes reclame la destitución de los árbitros por dicho retraso, antes de que estos lo hayan emitido.

2. En el presente trabajo analizaremos los argumentos empleados por la Audiencia, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia españolas, ninguna de las cuales ha sido citada en la sentencia.

Asimismo, y aunque la presente resolución verse sobre un arbitraje nacional, tendremos en cuenta la doctrina y jurisprudencia existente al respecto referente a arbitrajes internacionales. No debemos olvidar que la LA se aplica tanto a arbitrajes nacionales como a los internacionales. La Exposición de Motivos de la LA señala su especial interés en la “armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias”. Precisamente por ello, la LA sigue los criterios de la Ley Modelo de Arbitraje, elaborada por la Uncitral, el 21 de junio de 1985 (LMU), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985. Señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley española que “el legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración

los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares”. La doctrina corrobora esta opinión, al señalar que, “aunque la LMU está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional, sus soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno”¹.

Es fruto de estos sucesivos trabajos la reforma de la LMU, realizada en 2006, en la que se incluyen unos criterios interpretativos propios. En su art. 2.a) se establece que “1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”. Estos criterios son los mismos que los contenidos en otros instrumentos internacionales, como el art. 7 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980, que, por otra parte, forma parte también de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no nos son ajenos. No es objeto de este trabajo profundizar en qué tipo de peculiaridades hermenéuticas supone esta interpretación internacional y la necesidad de promover una interpretación uniforme², baste decir que para que esta sea efectiva, deben tenerse en cuenta las decisiones de jueces, tribunales y árbitros de jurisdicciones extranjeras (lo cual no implica que deban ser tenidas como precedente vinculante)³.

Dado que la reforma propuesta por el Proyecto de Ley de Arbitraje, actualmente en tramitación parlamentaria, considera una prioridad que nuestra futura LA sea adecuada tanto para arbitrajes internos como internaciona-

¹ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, p. 140. La LMA ha sido el referente principal en las elaboraciones de la inmensa mayoría de legislaciones sobre arbitraje: Alemania (1998), Armenia (2006), Australia (1989, 2010), Austria (2005), Azerbaiyán (1999), Bahrein (1994), Bangladesh (2001), Bielorrusia (1999), Bulgaria (2002), Camboya (2006), Canadá (1986), Chile (2004), China (en Hong Kong (1996) Macao (1998)), Chipre, Croacia (2001), Dinamarca (2005), Egipto (1994), Eslovenia (2008), Estonia (2006), España (2003), algunos Estados de Estados Unidos, Macedonia (2006), Rusia (1993), Filipinas (2004), Georgia (2009), Grecia (1999), Guatemala (1995), Honduras (2000), Hungría (1994), India (1996), Irán (1997), Irlanda (1998, 2010), Japón (2003), Jordania (2001), Kenya (1995), Lituania (1996), Madagascar (1998), Malta (1995), Mauricio (2008), México (1993), Nicaragua (2005), Nigeria (1990), Noruega (2004), Nueva Zelanda (1996, 2007), Omán (1997), el Paraguay (2002), Perú (1996, 2008), Polonia (2005), Reino Unido, Corea del Sur (1999), República Dominicana (2008), Ruanda (2008), Serbia (2006), Singapur (2001), Sri Lanka (1995), Tailandia (2002), Túnez (1993), Turquía (2001), Ucrania (1994), Uganda (2000), Venezuela (1998), Zambia (2000) y Zimbabwe (1996). *Ibid.*, p. 257; cf. www.uncitral.org.

² A. Martínez Cañellas, *La interpretación e integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Granada, Comares, 2004.

³ El problema de conocerlas viene resuelto por las recopilaciones de laudos y sentencias realizada por instituciones como la Cámara de Comercio Internacional, en sus anuarios, o por la Cnudmi/Uncitral, que en su página *web* recopila bajo las siglas CLOUT (*Case Law On Uncitral Texts*) amplios resúmenes de sentencias de todo el mundo accesibles en la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/case-law.html>.

les⁴, consideramos que una interpretación adecuada de la LA requiere el esfuerzo de autonomía interpretativa que realizaremos en el presente comentario.

3. La primera cuestión que se plantea ante la Audiencia es la de si el laudo arbitral puede ser anulado dado que el nombramiento del tercer árbitro no ha seguido lo dispuesto en el art. 15.2º b) LA. La cuestión es relevante, puesto que, de ser aceptada la nulidad del nombramiento, el laudo dictado por un tribunal viciado es nulo, conforme al art. 41.1º.d) LA.

Los hechos que analiza la sentencia son los siguientes: La Innovadora, S.L. y David Fuel Cell Components, S.L. acordaron que las disputas derivadas de un contrato se dirimirían mediante un arbitraje de equidad *ad hoc*, en el que el tribunal de arbitraje debía estar formado por tres árbitros. Siguiendo lo dispuesto en el art. 15.2º.b) LA, cada una de las partes debía nombrar un árbitro y el tercero debía ser designado por los árbitros ya elegidos. Las partes designaron sus árbitros, que aceptaron sus cargos respectivamente el 25 y 26 de mayo de 2005. No obstante, los árbitros designados no procedieron a nombrar al tercero. El 8 de julio, David Fuel Cell Components, S.L. recusó el árbitro nombrado por La Innovadora, S.L. Este desistió y la parte procedió al nombramiento de un nuevo árbitro que aceptó el cargo el 11 de julio de 2005. Los dos árbitros designados nombraron al tercero el 13 de julio de 2005, que aceptó su cargo el 9 de agosto de ese año. En la contestación a la demanda, David Fuel Cell Components, S.L. manifestó su oposición al nombramiento del tercer árbitro, pues, al haber transcurrido el plazo de 30 días para su nombramiento el 27 de junio de 2005, este debía haber sido nombrado judicialmente.

La Audiencia, realizó una interpretación estricta del art. 15.2º.b), y entendió que los árbitros “perdieron la facultad” de designar al tercer árbitro una vez pasados los 30 días naturales siguientes a la última aceptación sin haber procedido a su designación de mutuo acuerdo, correspondiente esta al órgano jurisdiccional competente, declarando nulo el laudo.

Nosotros consideramos que la Audiencia podría haber realizado una interpretación distinta, más acorde con la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, excluyente de la intervención judicial. No debemos olvidar el principio básico de que en el arbitraje la intervención judicial ha de ser mínima, puesto que “el mejor arbitraje es aquel que en ningún momento de su desarrollo necesita de la intervención de los juzgados y tribunales estatales”⁵. La designación judicial de los árbitros debe ser siempre residual, no pudiendo marginar la voluntad de las partes⁶.

En primer lugar, entendemos inapropiada la decisión de la Audiencia porque no tuvo en cuenta las circunstancias particulares del caso. La parte que ejercita la acción de nulidad no solicitó el nombramiento judicial en el mo-

⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura*, nº 85-1, 8 de septiembre de 2010.

⁵ A.M. Lorca Navarrete, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2º reimpresión, San Sebastián, 2004, p. 217.

⁶ *Ibid.*, p. 218.

mento oportuno, que no era el de la contestación a la demanda, tal y como afirmó la sentencia, sino un momento anterior.

El art. 6 LA, que establece que “si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”.

Pues bien, el art. 15 LA es norma dispositiva (las partes pueden pactar otra cosa, según su párrafo segundo), y no establece un plazo específico para denunciar el transcurso del plazo para el nombramiento del tercer árbitro por los otros dos ya designados, por lo que la parte actora de la acción de nulidad, debería haber denunciado la falta de capacidad de los árbitros para realizar tal designación “tan pronto como le fuera posible”, para que no pudiera considerarse que renunciaba a las facultades de dicha impugnación.

La jurisprudencia internacional ha interpretado normas inspiradas en el art. 11 LMU, que es el que se corresponde con el 15 LA. Según estas, “tan pronto como le fuera posible” implica que la denuncia debe realizarse en la audiencia o en el escrito más inmediato⁷.

En el caso analizado, existieron momentos previos a la contestación de la demanda arbitral en los que la parte que solicita la nulidad del laudo pudo ejercitar su derecho de solicitar el nombramiento judicial. Existió recusación de uno de los árbitros, el 8 de julio, y esta se produjo una vez habían transcurrido los 30 días requeridos para el nombramiento del tercer árbitro, el 27 de junio. Es decir, desde el 27 de junio hasta el 8 de julio, quien alega la nulidad, David Fuel Cell Components, S.L., podía haber denunciado el cumplimiento del plazo para la designación del tercer árbitro, y, siguiendo la argumentación de la Audiencia, denunciar la nulidad de cualquier laudo que eventualmente se produciría si el tercer árbitro no era designado judicialmente. Si realmente quería que el tercer árbitro fuera designado judicialmente, David Fuel Cell Components, S.L., debería haber solicitado en ese momento el inicio del proceso de designación judicial, establecido en el art. 15 LA. Sin embargo, no lo hizo, siendo su única objeción la de recusación del árbitro nombrado por La Innovadora, S.L. En consecuencia, al no plantear objeción alguna de nulidad del posible laudo por nombramiento extemporáneo del tercer árbitro, y al no hacer efectivo su derecho a solicitar el nombramiento judicial de un árbitro tan pronto como pudo, Fuel Cell Components, S.L. perdió la facultad de alegar dicho derecho para impugnar el nombramiento del tercer árbitro⁸. Es más, David Fuel Cell Components, S.L. también podría haber solicitado el nombramiento judicial a partir del día en que tuvo conocimiento del nombramiento del nuevo árbitro por parte de La Innovadora, S.L., susti-

⁷ *Oberlandesgericht Naumburg*, 10 Sch 08/01, 21 febrero 2002, *CLOUT*nº 659.

⁸ El efecto del ejercicio extemporáneo de las facultades conferidas por la LA da lugar a la preclusión de la posible alegación de las mismas durante las siguientes fases del proceso. Una vez el laudo se ha emitido, la parte no puede utilizar dichas alegaciones para fundar una acción de nulidad del mismo. *Oberlandesgericht Stuttgart*, 1 Sch 08/02, 16 julio 2002 (www.dis-arb.de).

tuto del recusado, que aceptó el cargo el 11 de julio de 2005. No obstante, tampoco lo hizo.

Ítem más, lo normal es que David Fuel Cell Components, S.L., tuviera conocimiento, antes de la fecha de contestación de la demanda, de que el árbitro que ella designó estaba deliberando con el árbitro nombrado por la contraparte, y no recusado⁹.

El que David Fuel Cell Components, S.L. no hubiera solicitado el nombramiento judicial, pudiendo haberlo hecho, manifestaba que consentía tácitamente en que, una vez nombrado el segundo árbitro, el proceso continuaría de manera ordinaria, nombrando los dos árbitros al tercero y dándoles las partes un plazo de 30 días desde la aceptación de este último para nombrarlo, lo que sí se cumplió.

Por lo tanto, la alegación de nulidad del laudo porque el tercer árbitro no fuera designado judicialmente, no sólo era extemporánea, sino que además iba en contra de los propios actos de David Fuel Cell Components, S.L.

La jurisprudencia española ha aplicado la doctrina de los actos propios a los supuestos de nombramiento de terceros árbitros. La SAP Valladolid, n^o 49/2006¹⁰, señala que en los arbitrajes, las partes son dueñas del procedimiento en todos sus extremos, por lo que pueden consentir las infracciones que puedan existir a lo largo del arbitraje, “de manera que si una parte conoce una infracción y no la denuncia a tiempo debe deducirse su voluntad intrínseca o tácita, extraída de los actos que lleva a cabo, de consentirla y ello, en definitiva, por aplicación de la doctrina de los *actos propios* que ha sido recogida en innumerables SSTs (v.gr., en 12 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991 y 20 de mayo de 1993)”.

Finalmente, consideramos que la resolución de la Audiencia yerra, porque la designación del tercer árbitro deja de corresponder a los designados por las partes, a partir de la petición de cualquiera de las partes una vez transcurridos los 30 días a contar desde la última aceptación, por lo que la atribución de la facultad de nombramiento a los órganos jurisdiccionales no es automática.

El art. 15^o.2.b) LA, que regula el nombramiento de árbitros cuando han de ser tres, siempre que las partes no hayan pactado otra cosa (art. 15.2^o. *in limine*) señala que “en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará

⁹ Es habitual que en la elección del tercer árbitro, los árbitros designados por las partes consulten a la parte que les designó, sin que ello atente por sí mismo a su imparcialidad. Este comportamiento se da especialmente en arbitrajes internacionales. A. Lowenfeld, “The Party–Appointed Arbitrator In International Controversies: Some Reflections”, 30 *Texas Int’l L.J.*, vol. 59, 1995, citado en T. Várady, J.J. Barceló y A.T. von Mehren, *International Commercial Arbitration. A Transational Perspective*, 4^a ed., Ed. West. St. Paul (MN), 2006, p. 298. Esta relación no implica que los árbitros estén obligados a aceptar las sugerencias de quien les nombró, pero sí deben evitar nombrar un tercer árbitro, presidente, que no sea aceptable por una de las partes. J. Lew, L. Mistelis y S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya–Londres–Nueva York, Kluwer, 2003, p. 252.

¹⁰ SAP n^o 49/2006, de 9 de febrero de 2006, (Ponente: Jesús Manuel Sáez Comba), TOL878.691 ©www.tirantonline.com.

como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el Tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. “Lo mismo se aplicará” cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación”.

En el presente caso, la Audiencia consideró que si bien el nombramiento del tercer árbitro había sido realizado en el plazo de 30 días a contar desde la aceptación del segundo árbitro no recusado, sin embargo, no había sido realizada en el plazo de 30 días a contar desde la aceptación del primer árbitro designado por La Innovadora, S.L. Para la Audiencia, una vez transcurrido el primer plazo de 30 días, los dos árbitros habían perdido la capacidad de nombrar a un tercero, que, conforme al art. 15.2º.b) había pasado a los tribunales ordinarios a partir del 27 de junio (pues la fecha de aceptación del segundo árbitro fue el 26 de mayo). Consideró que dicho plazo no volvía a iniciarse por el hecho de que uno de los árbitros fuera recusado y desistiera después de su cargo. Por ello, dicho nombramiento estaba afectado de nulidad al corresponder el mismo a un órgano judicial, lo que a su vez viciaba de nulidad el laudo arbitral.

Ahora bien, olvidó la Audiencia interpretar las palabras “lo mismo se aplicará”, del art. 15.2º.b). Y se trata de unas palabras relevantes, pues relativizan el aparentemente estricto plazo de 30 días naturales otorgado a los árbitros designados por las partes para que nombren a un tercer árbitro. En concreto, señalan que dicho plazo de 30 días no transfiere automáticamente la facultad de nombramiento a los tribunales ordinarios, sino que la designación por el tribunal se hará “a petición de cualquiera de las partes”.

Esta interpretación es acorde con el carácter internacional de la nueva LA, ya que el art. 15.2º.b) LA es trasunto del art. 11.3º. que en su párrafo a) *in fine* LMU señala literalmente que “si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al art. 6”¹¹.

La práctica en el arbitraje internacional la intervención de los jueces en la designación de los árbitros nunca se realiza de oficio, sino que requiere también una solicitud de parte¹². El que una parte no haya solicitado la asistencia

¹¹ El art. 15 LA y art. 11.3º LMU son casi idénticos. La única diferencia es que la LMU establece, para el arbitraje comercial internacional, un plazo de 30 días, para elegir al tercer árbitro, contados desde el nombramiento, no desde la aceptación. Esta misma regla se reproduce en un gran número de legislaciones (art. 11.3º Ley n.º 19,971, de 29 de septiembre, de Chile; art. 15.2º LA Guatemala, de 16 de noviembre de 1995; art. 12.2º Ley n.º 31/86, de 29 de agosto de 1986, de Portugal; sección 19 de la LA inglesa; art. 11 Ley de Arbitraje comercial internacional de la Federación Rusa, de 14 de agosto de 1993; art. 47 Código de Arbitraje de Túnez (Ley n.º 93-42, de 26 de abril de 1993), art. 17.3º Ley de arbitraje de Egipto, etc.). El art. 9 Ley Checa de Arbitraje de 1 de noviembre de 1994, el cómputo de los 30 días comienza desde el requerimiento de la contraparte. El plazo tras el cual puede solicitarse la designación judicial es más breve en algunos países de Latinoamérica (*v.gr.*, 8 días en Bolivia). J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oxford, Oceana, 2005, p. 178.

¹² A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial*

judicial no puede ser imputado al tribunal de arbitraje¹³.

La petición implica una actividad, pues debe dirigirse al Tribunal competente (art. 15.3º LA), indicando las circunstancias concretas que hayan impedido el acuerdo de las partes y acompañando los documentos acreditativos del convenio arbitral¹⁴, que lo designará conforme al procedimiento establecido en el art. 15.6º LA. El Tribunal debe tener en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro al confeccionar la lista de posibles árbitros, de ahí que junto a la solicitud se adjunte el convenio arbitral. Por lo tanto, “el Tribunal no se haya facultado por su propia iniciativa al nombramiento de árbitro”¹⁵.

Sobre el juez competente, cabe recordar que es el juez de primera instancia del lugar del arbitraje (art. 8 LA), si bien, caso de que el Proyecto de Ley de Arbitraje actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados¹⁶, corresponderá al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje (art. 1 que modifica el art. 8.1º LA).

La función de las normas de asistencia de los tribunales ordinarios pretende reducir el riesgo y las consecuencias de cualquier táctica dilatoria, de ahí que se fijen plazos breves para acudir a los tribunales estatales¹⁷. Está pensada, en especial, para supuestos en los que una de las partes se niega a designar un árbitro indefinidamente, o bien, una vez iniciado el proceso para su designación judicial, procede a efectuar su nominación¹⁸. Las eventualidades más frecuentes en el nombramiento de los árbitros son: que una parte no designe árbitro o que no exista acuerdo entre las partes para nombrar a un tercer árbitro¹⁹. La intervención de los órganos jurisdiccionales en el nombramiento de los árbitros debe ser la *ultima ratio*. Se da en el caso de

Internacional, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, p. 293 y 294 ambas *in limine*. Casi todas las leyes de arbitraje requieren la petición de una de las partes. Además del art. 11.3º.a) LMU (en el que se inspira el art. 15.2º.b) LA) encontramos el Código de Arbitraje de Túnez (Ley n.º 93-42, de 26 de abril de 1993). Alguna de estas leyes va más allá y permite que no sólo las partes, sino también los árbitros, puedan solicitar el nombramiento judicial (art. 9 Ley Checa de Arbitraje de 1 de noviembre de 1994).

¹³ *Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* Superior Court of Justice of Canada, 22 septiembre 1999, CLOUT n.º 391.

¹⁴ A. Lorca Navarrete, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵ *Ibid.*, p. 221.

¹⁶ *Loc. cit.*, nota 4.

¹⁷ “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006”, Naciones Unidas. Nueva York, 2008, p. 33. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

¹⁸ Una sentencia alemana trató de un supuesto similar, en el que la parte demandada no designaba árbitro, a pesar de que la demandante le había requerido para ello. Ante el retraso, la demandante solicitó la designación judicial. Antes de que el tribunal ordinario nombrara a un árbitro, la parte demandada designó uno. El tribunal consideró que la designación de la demanda había sido extemporánea, conforme al § 1035 (3) de la *Zivilprozessordnung* (ZPO). El tribunal rechazó el argumento del demandado que alegaba que su derecho a nombrar un árbitro sólo cesaba cuando la decisión del órgano jurisdiccional fuera cosa juzgada. La Corte señaló que la *ratio* del plazo de un mes dado para la designación del árbitro en el § 1035 (3) ZPO es evitar tácticas dilatorias (*Bayerisches Oberstes Landesgericht, 4 Z SchH 9/01*, 16 enero 2002, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport 933*; CLOUT n.º 563).

¹⁹ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, *op. cit.*, p. 548.

que una de las partes adopte una postura recalcitrante de omisión de designación del árbitro, o falta de consentimiento entre los árbitros designados por las partes, sean incapaces de nombrar un tercer árbitro²⁰.

Ninguno de estos supuestos se da en el presente caso. Más bien el proceso de nombramiento de árbitros funcionó razonablemente, pues los árbitros designados por ambas partes nombraron al tercer árbitro a los 45 días de la aceptación del segundo árbitro, y ello después de la recusación de uno de los nombrados en principio²¹. El proceso judicial hubiera sido mucho más largo²².

El negar la validez al nombramiento efectuado por los árbitros designados por las partes, no habiéndose siquiera solicitado el nombramiento judicial por la parte que alega la nulidad de dicho nombramiento y, por tanto, del laudo, conlleva en este caso una dilación innecesaria del proceso arbitral, por lo que la lógica del mismo exige que en estos casos, dicho nombramiento sea válido.

Esta solución es acorde con la interpretación de preceptos similares sobre arbitraje internacional, donde se protege especialmente el proceso arbitral no como un proceso sustitutivo del judicial, con lo que ello conlleva en la interpretación estricta de plazos y requisitos, sino como fruto de la voluntad contractual de la partes, lo que permite mayor flexibilidad interpretativa según el caso concreto. Por ello, incluso cuando la solicitud de nombramiento judicial se ha realizado pertinentemente ante los tribunales, estos, en su decisión, deben tener en cuenta la intención de las partes²³, aun cuando la ley aplicable al arbitraje no lo mencione expresamente²⁴.

Así, un tribunal alemán instado a designar un árbitro afirmó que, si bien el nombramiento realizado por una de las partes ya iniciado el proceso de designación judicial por el transcurso de más de 30 días no era válido, nada impedía que las partes llegaran a un acuerdo para dicho nombramiento. En cualquier caso, el tribunal designó como árbitro a la misma persona que el demandado había designado extemporáneamente, con la finalidad de minimizar la interferencia con la autonomía de las partes y teniendo en cuenta que el demandante no objetó²⁵.

²⁰ J. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, p. 176.

²¹ El instrumento de recusar a los árbitros, por su propia naturaleza, está destinado a alterar el proceso de arbitraje de manera considerable, por lo que es muy apropiado para obstruir el procedimiento. Las partes no pueden alterar arbitrariamente los nombramientos sin que exista una buena razón. Por ello, son necesarios limitaciones al derecho a la recusación (*ibid.*, p. 212.)

²² El proceso de designación judicial en España es muy lento, y en ocasiones llega a plazos absurdos. En la SAP Málaga. Sección 5ª, n.º 353/2006, de 12 de mayo de 2006. Ponente: Inmaculada Melero Claudio. (TOL1.024.867 ©www.tirantonline.com). Una de las partes solicitó el nombramiento judicial de árbitros el 15 de abril de 1998, solicitud que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia y admitida a trámite mediante providencia de fecha 29 de abril de 1998; seguida su tramitación procesal, el día 23 de diciembre de 1998, el 4 de mayo de 1999, en sede judicial, las partes nombraron de mutuo dos árbitros que debían designar al tercero. La comunicación del nombramiento del tercero se realiza mediante carta de fecha 4 de octubre de 2004.

²³ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, La Haya, Boston, Londres, Kluwer 1999, p. 463.

²⁴ J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *op. cit.*, p. 244.

²⁵ *Bayerisches Oberstes Landesgericht, 4 Z SchH 9/01*, 16 enero 2002, *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungreport 933; CLOUT* n.º 563.

Entendemos que esta solución puede ser aplicable también en España. El efecto de declarar el laudo nulo por falta de designación de un árbitro debe exigir que la parte que lo alega solicite el nombramiento judicial de un tercero. Pero para evitar tácticas dilatorias la solicitud de nombramiento judicial debería ser válida sólo si se realiza antes de que haya sido designado por los árbitros el tercer árbitro. Es más, en los supuestos en los que se hubiera solicitado nombramiento judicial y, posteriormente los árbitros designados por las partes nombraran al tercero, sería conveniente que el juez nombrara al mismo tercero. Con ello, se evitarían riesgos de declaraciones de nulidad del proceso innecesarias, no quedando ninguna de las partes en indefensión, pues no se les priva de la recusación del árbitro que haya sido designado.

Por otra parte, el retraso en el nombramiento no tiene por qué generar la nulidad del laudo, sino que debería ser causa de recusación de los árbitros ya nombrados, conforme al art. 14 LMU. El principio general debe ser siempre el de la protección del laudo. No cabe una interpretación generosa de las causas de nulidad, puesto que ello desembocaría en que fácilmente serían desatendidos los laudos e incluso llegarían a privarles tácticamente de su carácter de cosa juzgada y la rapidez del proceso. Las causas de anulación o de denegación de ejecución deben ser interpretadas de manera restrictiva²⁶. Por ello, entendemos que no debería haberse anulado el laudo dictado por un tribunal de arbitraje en el que el tercer árbitro, no incurso en causa de recusación, fue designado antes de que haya existido una solicitud de nombramiento judicial de tercer árbitro por alguna de las partes, haya transcurrido o no el plazo de 30 días que tuvieran los árbitros para designarlo.

4. En un segundo motivo, David Fuel Cell Components, S.L. solicitó la nulidad del laudo por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a las prescripciones de la Ley. Alegó que el árbitro designado por una de las partes, La Innovadora, S.L., se atribuyó funciones del Presidente del Tribunal Arbitral.

Concretamente, dicho árbitro remitió una comunicación el 7 de agosto de 2005 convocando a los tres árbitros y a las partes el 7 de septiembre de ese año a una reunión para acordar plazos y actuaciones a seguir, y una nueva comunicación el 2 de septiembre de 2005 fijando nuevamente la convocatoria para el día 14 de septiembre. El tribunal consideró improsperable esta alegación, puesto que constaba que estas comunicaciones las realizó en representación y por encargo del Colegio Arbitral, y así se señaló en el laudo. Nosotros compartimos esta opinión.

El art. 25 LA concede gran libertad a los árbitros sobre la dirección del procedimiento, pues salvo cuando las partes hayan determinado el procedimiento al que deban ajustarse los árbitros en sus actuaciones, éstos pueden dirigir el arbitraje del modo que consideren adecuado, respetando los principios esenciales de la Ley.

En la práctica, especialmente en los arbitrajes *ad hoc*, los tribunales arbi-

²⁶ *Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A. Superior Court of Justice of Canada*, 22 septiembre 1999, CLOUT n.º 391.

trales suelen pedir a las partes que se pongan de acuerdo para determinar el procedimiento. Si estas no llegan a un acuerdo, corresponde al tribunal arbitral decidir. Frecuentemente, las partes deciden que el presidente del tribunal tendrá el poder de actuar solo en relación a las cuestiones procesales, salvo que las partes expresamente requieran que sean los tres árbitros los que se vean involucrados con estas cuestiones²⁷. La finalidad de esta decisión es evitar que la participación de los árbitros designados por las partes sea elusiva, pretenda retrasar o eludir la resolución. Esta medida es especialmente adecuada cuando la cuestión es urgente²⁸.

Esta práctica es concordante con lo dispuesto en el art. 29 LMU, que ha sido transpuesto literalmente en el art. 35 LA, que establece que cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieran dispuesto otra cosa; y si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente; así como que salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.

La transposición de la norma internacional en nuestro derecho interno es significativa, puesto que permite que las partes puedan seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretos, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales, y posiblemente contradictorios, del derecho interno aplicable como supletorio. Además permite que el tribunal adapte el procedimiento a las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación procesal²⁹.

El Presidente del tribunal, es pues, la pieza clave del arbitraje, pues le corresponde coordinar la actividad de los co-árbitros y velar para que cumplan con los términos fijados en el calendario procesal. Es usual que la comunicación de las órdenes procesales a las partes queda a cargo del presidente del tribunal arbitral. Pero ello no deslinda a los co-árbitros de su participación en la conducción del procedimiento³⁰, lo que permite que la citación la haga un árbitro de parte, lo cual no implica que exista un desequilibrio del principio de igualdad (art. 18 LMU), ni es tan grave que puede implicar una modificación del contenido del laudo.³¹

Lo dicho hasta aquí es predicable también para la convocatoria de la audiencia previa (la establecida para acordar plazos y actuaciones a seguir) tanto en arbitrajes nacionales como internacionales. En arbitrajes internacionales, por lo general, el presidente del tribunal arbitral es el encargado de

²⁷ M. Hunter, "The Procedural Powers of Arbitrators Under the English Act", *Arb. Intl.*, vol. 13, 1997, pp. 345 ss, esp. p. 357. También la sección 34(3) de la Ley de Arbitraje inglesa.

²⁸ J. Lew, L. Mistelis y S Kröll, *op. cit.*, p. 542.

²⁹ "Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI...", *loc. cit.*, punto 35. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

³⁰ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, *op. cit.*, pp. 567-568.

³¹ La sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, 26 agosto 2002, declaró no haber lugar a la anulación de un laudo arbitral por considerar que ambas partes habían sido notificadas simultáneamente de la resolución del tribunal arbitral que estableció las reglas del respectivo procedimiento, sin merecer observación alguna (*ibid.*, p. 1114).

fijar su fecha. No obstante, corresponde que consulte a los demás árbitros, a las partes y a sus abogados, de modo tal que se asegure que la fecha propuesta les resulte conveniente³². El que el proceso arbitral se realice sin las demoras indebidas es un factor que debe prevalecer sobre la conveniencia de los abogados de cualquiera de las partes. Aunque las partes y el tribunal no logren convenir en una fecha, el tribunal arbitral deberá fijarla de todos modos, lo cual no suele suscitar oposición si se cita a las partes con la debida antelación³³.

Por lo visto en los hechos, la convocatoria en este caso se realizó con un mes de antelación, lo que parece razonable. La decisión de convocar a las partes es distinta a la notificación de dicha decisión. La decisión fue adoptada por el tribunal de arbitraje, como así se señala en la sentencia.

El hecho de que no fuera el presidente quien envió las notificaciones de la convocatoria no es relevante. El que la notificación la realice un árbitro distinto al presidente no la anula. La función de notificar es una función que en muchos países y en los arbitrajes institucionales no la desarrollan los árbitros, sino personas nombradas como secretarios del tribunal. De hecho, las leyes de algunos países establecen que los mismos árbitros pueden decidir que uno de ellos ejerza las funciones de secretario³⁴.

En conclusión, no existe indefensión alguna en la notificación de la reunión para determinar el procedimiento realizada por el árbitro no presidente, pues no vulnera los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes. No supone una dilación injustificada, ni les priva a ninguna de las partes de la oportunidad de ser oídas por el tribunal, ni de pronunciarse respecto de las manifestaciones de la parte contraria, como se demostró, ya que se procedió a un cambio de fecha y las partes comparecieron en el plazo previsto.

5. El tercer motivo de anulación del laudo por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a las prescripciones de la Ley, lo es por haberse dictado el laudo fuera de plazo.

³² A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *op. cit.*, p. 325. Este es el criterio seguido en las Reglas del CIADI/ICSID. La regla 13 (2) señala que las fechas de las sesiones serán determinadas por el Tribunal después de consultar a sus miembros y al Secretario General, siendo las partes consultadas en la medida en que sea posible.

³³ *Ibid.*, p. 326. La ausencia de notificación de la designación de árbitro o de actuaciones arbitrales (art. 34.1º.b) LMU), o la notificación en un lapso excesivamente breve puede dar lugar a la nulidad de laudo. Por ejemplo: la notificación (de emitir un laudo sin tener en cuenta al árbitro obstructor del procedimiento) hecha con sólo un día de antelación se entendió como insuficiente, pues no permitió a la parte que lo designó (el demandante) tener un plazo para persuadirlo o para destituirlo y proceder a un nuevo nombramiento. Tres meses antes el presidente del tribunal había notificado a la parte nominadora del árbitro obstructor las prácticas dilatorias de este, pero en dicha notificación no señaló su intención de dictar un laudo sin la participación del mismo. El laudo fue contrario al demandante. El órgano judicial consideró que la previa notificación no era suficiente, pues no manifestó la voluntad de dictar el laudo sin participación del árbitro obstructor. En consecuencia, anuló el laudo, pues entendió que este defecto procedimental podía afectar al resultado del arbitraje. *Saarländisches Oberlandesgericht* 4 Sch 2/02, 29 Octubre 2002, CLOUT n° 662.

³⁴ En Brasil, el presidente del tribunal de arbitraje puede designar un secretario, que puede ser incluso uno de los otros árbitros, si lo estima conveniente. Cf. J. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, p. 208.

Dispone el art. 37.2º LA que, “si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla, y que salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante resolución motivada”; así como que “la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros, no obstante lo cual, no afectará a la eficacia del convenio arbitral”.

Según la sentencia, la contestación de la demanda de arbitraje fue presentada por David Fuel Cell Components, S.L. el 2 de noviembre de 2005 y el laudo se dictó el 25 de septiembre de 2007. El 4 de julio de 2006, el colegio arbitral propuso a las partes la ampliación del plazo para la realización del arbitraje, si bien no se adoptó ninguna decisión al respecto.

La Audiencia entendió que el laudo había superado el plazo establecido en el art. 37.2º LA, puesto que lo seis meses habían transcurrido, y la propuesta de prórroga fue tardía, además de ser una propuesta sobre la que no recayó pronunciamiento posterior de los árbitros. Como consecuencia, la Audiencia dedujo que “transcurrido el plazo previsto legalmente para dictar el laudo, las actuaciones arbitrales quedaron concluidas y los árbitros cesados, por lo cual el laudo arbitral dictado por ellos mucho después se encuentra afectado claramente de nulidad”, por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a las prescripciones del art. 41.1º.d) LA.

La decisión de la Audiencia nos parece razonable, aunque no la compartimos, porque entendemos que, a diferencia de la LA/1953 y la LA/1988, en la LA/2003, excederse del plazo de seis meses ya no es causa de nulidad del laudo, sino que únicamente otorga a las partes la facultad de recusar al tribunal de arbitraje.

Pensemos función del plazo para dictar el laudo. El establecimiento de un período de tiempo con el que cuenta el tribunal arbitral para dictar el laudo se establece para agilizar la consideración del caso. Estos plazos pueden establecerse por las partes, por la institución de arbitraje o por la ley. Los plazos para la emisión del laudo deben ser vistos como objetivos por el tribunal³⁵, porque es una medida que permite hacer competitivo al arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, el establecimiento de un plazo puede resultar contraproducente, puesto que para cumplirlo el tribunal puede verse obligado a dictar el laudo sin haber dado oportunidad suficiente a la demandada para que exponga su caso, incrementando así el riesgo de la interposición de una acción de nulidad por esta³⁶. De ahí que las partes, las instituciones arbitrales y la legislación admitan cierta flexibilidad, permitiendo prórrogas sobre los plazos inicialmente establecidos.

³⁵ J. Lew, L. Mistelis y S Kröll, *op. cit.*, p. 639.

³⁶ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *op. cit.*, p. 536.

La cuestión que aquí se plantea es la de si un laudo emitido fuera de plazo es nulo o, si por el contrario, debe ser admitido como válido, sin perjuicio de que las partes puedan resarcirse de los perjuicios que el retraso en el pronunciamiento les haya causado.

La tradición legislativa española sobre arbitraje ha entendido que el laudo extemporáneo era nulo. Tanto en la LA/1953, como en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje de Derecho privado, señalaban que el laudo podía anularse cuando se hubiere dictado fuera de plazo.

Y ello, porque la finalización del plazo dejaba a los árbitros sin la facultad otorgada por las partes para dirimir sus disputas, dado que “transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedara sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia” (art. 30.2º LA/1988).

La LA/2003 modificó el texto de las causas de nulidad, y no recogió ningún supuesto de nulidad por emisión extemporánea del laudo. Esta circunstancia ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria.

Por un lado, existe una fuerte corriente continuista, como la de la sentencia aquí comentada, que señala que el laudo extemporáneo es nulo. Esta jurisprudencia se basa en argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para supuestos regulados por las leyes anteriores, que conciben el arbitraje como una “sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten las partes interesadas”, por lo que “sólo será eficaz y válida si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, pues únicamente dentro de esos límites se desarrolla la potestad arbitral, respecto de la cual los comprometidos han manifestado el deseo de que sus diferencias sean resueltas, y cuya voluntad, al ser aceptada por los árbitros, se impone a éstos por virtud de la fuerza vinculante del contrato (compromiso)”³⁷. Esta visión del arbitraje como excepción, como modo de eludir la intervención de los Tribunales de Justicia, que por su excepcionalidad el Estado lo permite de manera temporal, la comparten sentencias como la SAP Valladolid, n.º 49/2006, 9 de febrero de 2006³⁸. En esta se solicita la nulidad de un laudo arbitral pactado por las partes en contrato inicial de fecha 30 de septiembre de 2003 y que fue llevado a efecto, en cuanto a su concreción en convenio de 27 de abril de 2004. Resuelve el tribunal la nulidad del laudo por extemporáneo, integrando el supuesto en la causa de nulidad de contrariedad al orden público (art. 41.1º.f LA). Otras sentencias, como la SAP Madrid, n.º 171/2006, 1 febrero 2006³⁹, aplica este mismo argumento en su *ratio decidendi*, a supuestos en los que tanto los hechos, como el convenio, como el laudo han tenido lugar bajo la LA de 2003. En concreto afirma la Audiencia que “como dice la Jurisprudencia del TS solamente puede producirse actuación arbitral válida durante dicho periodo de tiempo

³⁷ STS (Sala Primera), n.º 263/1991, 10 de abril de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. TOL1.726.764 ©www.tirantonline.com.

³⁸ Ponente: Jesús Manuel Sáez Comba, TOL878.691 ©www.tirantonline.com.

³⁹ Ponente: María Guadalupe Jesús Sánchez. TOL949.930 ©www.tirantonline.com

en que la actuación de los tribunales está suspendida por voluntad de las partes, pero una vez que dicho tiempo ha precluido o caducado recobran los mismos la posibilidad de intervenir e interpretar las divergencias entre las partes tratándose pues de un tiempo esencial durante el cual debe concluirse la actividad arbitral, pasado el cual carece el árbitro de potestad jurisdiccional para dirimir las divergencias pues ya ha pasado el plazo durante el cual las partes se sometieron a su dictamen”, y ello, incluso en el supuesto en el que el convenio arbitral las partes hubieran pactado un plazo inferior al de seis meses (en este caso eran dos meses). Según esta doctrina, al ser la nulidad del plazo una causa de nulidad de orden público, puede ser apreciada de oficio por los tribunales. En otras sentencias⁴⁰, como la aquí comentada, la causal que justifica la nulidad del laudo extemporáneo es la del art. 41.1º.d): la falta de adecuación del procedimiento arbitral a la Ley.

En el mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina, señalando que el plazo deber ser respetado de modo inexorable, porque es el lapso durante el cual las partes, voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias al árbitro. Pasado el plazo, carecen de ellas⁴¹. Una vez cumplido el plazo, tanto el acordado por las partes como el legal, el convenio arbitral queda sin efecto y se abre la vía judicial para resolver la concreta controversia; asimismo, si los árbitros dictan el laudo fuera de plazo, cabe la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción de anulación del mismo⁴². La inexistencia de esta causa de nulidad en el art. 41 LA/2003, frente a su existencia en la LA/1988, no implica que no pueda ser alegada la nulidad del laudo por extemporaneidad, simplemente esta causa se integra en el supuesto de irregularidades procedimentales⁴³. A los argumentos ya mencionados, parte de la doctrina añade que no es necesario que la extemporaneidad del laudo se incluya en el listado de causas de anulación, puesto que la norma que señala el plazo es una norma imperativa y, en consecuencia, su infracción genera nulidad radical (art. 6.3º Cc)⁴⁴, señalando que, al decretar el art. 37.2º la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros, si estos elaboraran algún documento, este no sería un laudo viciado sino, simplemente, no sería laudo, de ahí que la LA de 2003 no lo incluya la extemporaneidad causa de nulidad⁴⁵.

Frente a esta doctrina y jurisprudencia, la nueva LA/2003 ha generado otra que postula la validez de los laudos arbitrales emitidos fuera del plazo de seis meses, o de ocho meses, si computamos las prórrogas. Especialmente significativa es la SAP Madrid n º 23/2009 23 de diciembre de 2008,⁴⁶ que

⁴⁰ SAP (Sección 3ª) 13 de febrero de 2007 (JUR 2007, 153383) y SAP Asturias 18 de noviembre de 2005 (JUR 2005, 30596).

⁴¹ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, *op. cit.*, p. 1121.

⁴² *Ibid.*, p. 785.

⁴³ *Ibid.*, p. 1122.

⁴⁴ A.M. Lorca Navarrete, *op. cit.*, p. 339.

⁴⁵ E. Campo Villegas, “Problemas de forma en el laudo arbitral”, en *Justicia Alternativa*, n º 5, 2004, p. 170.

⁴⁶ Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus. TOL1.483.987©www.tirantonline.com.

destaca que la LA de 2003 no recoge específicamente la extemporaneidad del plazo como causa de nulidad porque la función arbitral ya no se concibe como excepción a la función jurisdiccional, sino que considera el arbitraje como equivalente jurisdiccional. Por ello el art. 37.2º LA establece que la expiración del plazo sin emitir el laudo no afectará a la eficacia del convenio arbitral y, por tanto, quedará en manos del árbitro dictar el laudo cuando estime conveniente sin limitación de tiempo, aunque sometido a responsabilidad. A favor de esta corriente está el necesario carácter tasado de las causas de nulidad, manifestado por el texto del artículo 41 LA, que señala que el laudo “sólo” podrá ser anulado por las causas allí expresadas, y corroborado por la eliminación de la extemporaneidad del laudo como causa de nulidad del listado de causales⁴⁷. La SAP Vizcaya n.º 313/2009 5 de mayo de 2009⁴⁸, añade a estos argumentos el que la interpretación jurisprudencial del art. 6.3º Cc reserva la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público, lo que no se corresponde con el caso analizado.

También encontramos doctrina que apoya esta posición, dada la ausencia de mención de esta causa de nulidad.⁴⁹

Una aportación interesante, y que compartiríamos de no efectuar la interpretación que más abajo consideramos, es la que propuesta interpretativa del senador del Grupo Popular en el Senado, Carlos Gutiérrez González, que señaló que conforme al art. 37.2º LA, una vez transcurrido el plazo, los árbitros cesan en sus funciones, por lo que no pueden emitir laudo alguno, aunque ello no implica el final del arbitraje, pues el mismo artículo establece que el laudo extemporáneo no daña al convenio arbitral. Se trata de una interpretación perfecta desde un punto de vista de hermenéutica conceptual. Sin embargo, el problema de esta interpretación es su poca practicidad, pues, a pesar de que ya existiría un pronunciamiento, se debería iniciar un nuevo proceso de arbitraje, nombrando nuevamente árbitros..., alargando excesivamente el proceso de arbitraje. Es más, teniendo en cuenta que el plazo de seis meses prorrogables por dos más se aplicaría tanto a arbitrajes nacionales como internacionales, dicha interpretación sería un importante obstáculo para la resolución de estos últimos⁵⁰.

Nosotros consideramos que las interpretaciones que optan por el mantenimiento de la vía arbitral frente a la jurisdiccional y por la validez laudo arbitral son las más adecuadas.

Proponemos para una aproximación diferente al problema. Tomaremos

⁴⁷ SAP Cantabria 8 de abril de 2005 (AC 2005, 490) y SAP Madrid, 29 julio 2005 (AC 2005, 1547)..

⁴⁸ Ponente: Fernando Valdés-Solís Cecchini. TOL1.588.352 ©www.tirantonline.com.

⁴⁹ J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, n.º 5945, 2004.

⁵⁰ Precisamente por ello, M. Gómez Jene propone que una corrección interpretativa del plazo de tal manera que no pueda entenderse aplicable a los arbitrajes internacionales, porque el legislador no tuvo en cuenta el ámbito internacional al incluir la enmienda del art. 37.2º LA (*cf.* “El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, n.º 5952, 2004).

como referente la LMU, y la interpretación que permita una eficacia más internacional de nuestra LA. Ph. Fouchard nos recordaba que la LMU no prevé expresamente la nulidad del laudo extemporáneo, pero sí contiene una norma aplicable al supuesto de que el plazo para dictar el laudo se haya superado. Este autor señalaba que la LMU ofrecía una visión flexible para los casos en que los árbitros se excedan en el plazo para emitir el laudo en un tiempo razonable y no cesen, indicando que entonces cualquiera de las partes pueden cesarlo, o, en su defecto, cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal responsable la constitución de un nuevo tribunal, todo ello en virtud del art. 14 LMU⁵¹.

Teniendo en cuenta que la LA/2003 es en gran parte transposición de la LMU, y considerando que con ello el legislador español pretendía una mayor armonización de las normas de arbitraje internacionales, siguiendo el modelo de la Uncitral, podemos interpretar el art. 37.2º LA de una manera internacional y uniforme (art. 2.a LMU), y de manera sistemática con el art. 19 LA (que se corresponde con el art. 14 LMU)⁵². Según la interpretación que proponemos, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo impide de derecho las funciones del árbitro, pues es causa de su cese (art. 37.2º LA). Pero dicho cese no es automático, sino que (conforme al artículo 19 LA), deben ser los árbitros los que renuncien o las partes las que acuerden su remoción, bien de mutuo acuerdo, bien con el apoyo jurisdiccional. En este caso, el órgano jurisdiccional se limitará a reconocer el transcurso del plazo y, en su caso la prórroga. Por ello bastará que una parte se oponga para que los árbitros dejen de ejercer válidamente sus funciones y, en consecuencia, si dictaran un laudo después de la oposición, el laudo sería nulo. La destitución de los árbitros no abrirá la vía jurisdiccional, sino que las partes deberán iniciar un nuevo proceso de arbitraje, pues el convenio arbitral sigue vigente (art. 37.2º LA).

Esta interpretación es conforme con el articulado y es la más adecuada a la finalidad de la norma. Permite que sean las partes las que en todo momento puedan elegir si, transcurrido el plazo, les conviene mantener a los árbitros, o iniciar un nuevo arbitraje, bastando para ello que una se oponga. Para desecher la vía arbitral e ir a la jurisdiccional, ambas partes deberían ponerse de acuerdo. Caso de que las partes optaran por no destituir a los árbitros, a pesar de existir justa causa (la extemporaneidad), estos mantendrían sus funciones y su laudo, aunque extemporáneo, sería válido. Ello permitiría que las partes pudieran calibrar entre la celeridad de la decisión no afecte a la calidad de laudo, sin imposiciones legales innecesarias.

Como cierre, decir que la inseguridad jurídica existente en lo referente a los efectos de un laudo extemporáneo es patente, por lo que sería convenien-

⁵¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *op. cit.*, p. 756.

⁵² Art. 14.1º LMU: "Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al art. 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable".

te que el legislador aprovechara la reforma de la LA actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados para aclarar de manera definitiva esta cuestión.

***Execuátur de laudo arbitral extranjero y
extralimitación del árbitro pronunciándose sobre
cuestiones no sometidas a arbitraje ****

**(Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona
nº 21/2010, de 23 de febrero de 2010)**

Paula PARADELA AREÁN

Becaria FPI

Universidad de Santiago de Compostela

1. El auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un recurso de apelación contra el auto de primera instancia que había acordado el execuátur de un laudo arbitral emitido en Chile. En la resolución la Audiencia estimó el recurso y denegó el execuátur, tras llevar a cabo un análisis de las cláusulas arbitrales en presencia, con base en la falta de sometimiento al arbitraje del apelante para las materias ventiladas en el procedimiento arbitral, aplicando el art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En concreto, los hechos en los que trae causa el litigio son los siguientes: la empresa chilena Schaffner, S.A celebró con SiiMCA Ltda. un contrato de prestación de servicios el 27 de mayo de 2003 en virtud del cual SiiMCA, representante en exclusiva de la empresa española Infor PYME, S.L (en adelante PYME) para Chile, se obligaba frente a Schaffner a la implementación del software creado por PYME. El contrato en el que, según la interpretación de la Audiencia Provincial, eran partes contratantes Schaffner y SiiMCA en su propio nombre (es decir, no lo era PYME), contenía una cláusula arbitral que recogía la voluntad de las partes de acudir al arbitraje para resolver “Cualquier dificultad que surja entre las partes respecto de la celebración, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, o cualquier otro asunto relacionado con el mismo...”. A su vez, se incorporaba al contrato como anexo una declaración unilateral realizada por PYME que aparecía descrita como “carta de compromiso de soporte y servicio al éxito del presente proyecto” (contrato de prestación de servicios entre Shaffner y SiiMCA). Esta declaración unilateral contiene dos compromisos asumidos por PYME: por un lado, responde frente a Schaffner de la implementación del software

* *Vid. infra*, pp. 257-262.