

La reforma de la Ley de arbitraje

Gonzalo STAMPA *

Sumario: I. Reforma y evaluación retrospectiva. 1. Siete años de vigencia, dos reformas legislativas. II. Los antecedentes de la Reforma. 1. La elevación al Consejo de Ministros. 2. El Informe del Consejo General del Poder Judicial. 3. El Proyecto de Ley. 4. La tramitación en el Senado. III. Los pilares de la Reforma. 1. Las relaciones entre el árbitro y el juez de apoyo y control del arbitraje: A) Declinatoria arbitral; B) Reasignación de competencias judiciales en funciones de apoyo y control del arbitraje: a) La remoción judicial de árbitros; b) El reconocimiento de decisiones arbitrales extranjeras; C) Conclusión. 2. Procedimiento arbitral: A) Capacidad e incompatibilidades de los árbitros; B) Responsabilidad de la institución arbitral; C) Idioma del arbitraje; D) Tipos de arbitraje: a) Arbitraje de equidad; b) Arbitraje administrativo; c) Arbitraje societario; E) Forma y plazo de emisión del laudo; F) Control del Laudo. 4. Legislaciones afectadas. IV. Conclusión.

I. Reforma y evaluación retrospectiva

1. Siete años de vigencia, dos reformas legislativas

1. Este enunciado sintetiza un hecho objetivo, afectante a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en lo sucesivo, la LA/2003). Como toda síntesis, su formulación alberga el riesgo potencial de la insuficiencia atractiva de su contenido. Un contenido que refleja el resultado de la paradójica situación provocada por la precipitación de los promotores iniciales de unas reformas –especialmente, la segunda– acaso carentes de la suficiente justificación: la voluntaria potenciación de una amenaza cierta sobre el arbitraje en un momento crítico tanto para su consolidación interna, como para la reputación internacional de España como sede arbitral.

Esta amenaza debe paliarse inmediatamente, acometiendo ahora – al contrario de lo que hubiese sido deseable– una evaluación retrospectiva¹ del impacto regulatorio² de estas reformas sobre el funcio-

* Abogado. Stampa Abogados. Madrid (www.gstampa.com). Doctor en Derecho (*Dr. Iur.*) (Universidad Complutense Madrid, 2010); Master of Laws (L.L.M.) (University of London, 1993); Licenciado en Derecho (Universidad Complutense Madrid, 1991).

¹ Cf. Bundesministerium des Innern, *Praxistest zur setzesfolgenabschätzung*, Berlín., 2002.

² El análisis de impacto regulatorio establece un modelo estandarizado de evaluación del impacto de una regulación nueva o preexistente. Su determinación se inicia a partir de

namiento de una institución jurídica, no exenta de generar suspicacias entre sus detractores. Una evaluación que deviene necesaria para divulgar un mensaje claro y comprensible a los olvidados habituales – las partes contratantes, génesis de todo arbitraje– con la finalidad de evitar que arraigue entre ellos una conclusión, en definitiva, peligrosa. Las reformas acometidas en la Ley de Arbitraje afectan aparentemente a la seguridad jurídica de una institución exigente con la adecuada protección de esta característica. La consolidación de esta percepción entre los destinatarios principales del arbitraje implicaría su huida inmediata hacia un sistema judicial que, aunque ofrece las mismas inseguridades en sus resultados, al menos en la jurisdicción civil está administrado por profesionales independientes del Derecho, permitiendo –además– la actuación forense ante varias instancias judiciales.

El mercado arbitral exige, por tanto, una explicación comprensible de estas reformas legislativas. Una explicación que exponga a sus destinatarios su verdadera finalidad: incrementar el funcionamiento eficaz de la institución arbitral, corrigiendo sus disfunciones severas, detectadas en los siete años de aplicación continuada de sus preceptos.

2. La Ley de Arbitraje ha sufrido dos reformas en un período inferior a dos años. Es un hecho cierto e innegable; pero matizable, ya que ambas reformas han sido parciales y, en todo caso, con efectos limitados.

La primera reforma fue tangencial. Estuvo justificada por la necesidad legislativa de actualizar la función del Secretario judicial en supuestos de apoyo y control del arbitraje, en línea con las disposiciones al efecto instrumentadas mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina judicial. Sus efectos directos en la Ley de Arbitraje fueron, por tanto, menores, justificando que en estas líneas nos limitemos a reflejar su existencia, omitiendo mayores consideraciones.

la detección de la existencia de un problema legislativo cuya paliación precisa la actuación de los poderes competentes. Identificado el problema y elaboradas las propuestas de actuación, se evalúa a continuación la relación entre el coste de las actuaciones cuya ejecución se propone y su beneficio último, así como la conveniencia de la adopción de otras alternativas normativas y no normativas. Análisis de posibilidad dirigido a preservar el principio de eficacia de las instituciones en relación con los intereses generales. Cf. RD 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, norma dictada en desarrollo de las previsiones contenidas en los arts. 22.2º y 24.1º, letras a) y b), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; Comisión Europea, *Impact Assessment Guidelines*, Sec 2005 (791), de 15 junio 2005; *Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlín, 2000; *Guide législative* (www.legifrance.gouv.fr); OECD, *Secretariat, Regulatory Impact Analysis Inventory*, April 2004, en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>.

La segunda reforma afecta directamente al funcionamiento de la institución arbitral. En vigor desde el 10 de junio de 2011, ha sido articulada mediante (i) la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en lo sucesivo, la Ley 11/2011) y (ii) mediante la LO 5/2011 de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011 para la modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, conjuntamente, la Reforma). El alcance real de sus contenidos constituirá el objeto de esta contribución.

II. Los antecedentes de la Reforma

3. La Reforma resulta de una tramitación discutida, iniciada a principios de 2010 y culminada en el mes de mayo de 2011, con la aprobación de la Ley 11/2011. Su evolución alberga claves relevantes para contextualizar adecuadamente este análisis retrospectivo y necesario.

1. La elevación al Consejo de Ministros

4. En fecha 19 de febrero de 2010, el Ministerio de Justicia elevó al Consejo de Ministros –entre otros documentos– un informe sobre el Anteproyecto de LO complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado y a la Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles, para la modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a los efectos previstos en el art. 22.3º Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y de un informe sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, a los efectos previstos en el art. 22.3º Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en lo sucesivo, conjuntamente, el Anteproyecto)³.

³ [Http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2010/refc20100219.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2010/refc20100219.htm). En línea con las exigencias de análisis de impacto regulatorio –recogidas el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo– el Anteproyecto estaba acompañado de la preceptiva Memoria del Análisis de Impacto Normativo (en lo sucesivo, la Memoria), elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. El contenido de la Memoria estaba estructurado en cuatro apartados: (1) la oportunidad de la propuesta instrumentada en el Anteproyecto; (2) el contenido y análisis jurídico del Anteproyecto, recogiendo sucintamente tanto sus fases de informes y consultas previas, como un análisis individualizado de sus artículos y

5. Estructurado en una Exposición de Motivos, once artículos y siete Disposiciones Finales, el objeto subyacente del Anteproyecto era “... incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años...”⁴. El Anteproyecto pretendía la modificación de la Ley de Arbitraje en los siguientes nueve aspectos: (i) la reasignación de las funciones judiciales en el apoyo al arbitraje, al control de los laudos y al exequátur de laudos extranjeros; (ii) la restricción del arbitraje de equidad en arbitrajes internos; (iii) la regulación de aspectos específicos del estatuto jurídico de los árbitros; (iv) la implantación del arbitraje institucional para dirimir conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales; (v) la inclusión de la mediación en el proceso contencioso-administrativo; (vi) la relación entre el proceso concursal y las medidas cautelares; (vii) la relación entre arbitraje y mediación; (viii) el tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje; y, finalmente, (ix) la regulación del arbitraje estatutario en materia de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas.

6. A partir de esta premisa, los arts. 1 a 11 del Anteproyecto proponían la modificación –total o parcial– de los arts. 8.1º, 8.5º, 11, 14, 13, 15, 17, 21, 34.1º, 37.3º, 37.4º, 40, 41.1º.f., 42.1º, 43 LA y de su Disposición Final Primera, con su modificación numeral y la adición de una nueva Disposición Segunda.

7. Sus siete Disposiciones Finales instrumentaban modificaciones parciales de la LEC, aprobada por RD de 3 de febrero de 1881 (en lo sucesivo, LEC/1881), del RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, LC) y determinaban tanto los títulos competenciales⁵, como su entrada en vigor.

de sus disposiciones finales; (3) el impacto económico y presupuestario del Anteproyecto, incapaz de cuantificar su impacto económico, pero sí de concluir que mejoraría la eficacia de los recursos destinados a la Administración de Justicia; y (4) el impacto por razón de género, sin que apreciase que el Anteproyecto tuviese “...repercusión alguna desde la perspectiva del género...” (sic).

⁴ Cf. Anteproyecto, Exposición de Motivos, Apartado II.

⁵ Cf. Arts. 149.1º, 149.5º y 149.6º CE, en relación con las SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; y 196/1997, de 13 de noviembre.

2. *El Informe del Consejo General del Poder Judicial*

8. De conformidad con la función consultiva prevista en el art. 108.1º.e.) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), en fecha 9 de marzo de 2010 el Gobierno remitió el Anteproyecto al Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo, el Informe CGPJ). Don José Manuel Gómez Benítez fue designado como ponente en fecha 11 de marzo de 2010. El 13 de mayo de 2010, su Comisión de Estudios e Informes aprobó el contenido del Informe CGPJ, ratificado en el pleno de fecha 19 de mayo de 2010.

9. Además de las constructivas consideraciones sustantivas que posteriormente analizaremos, el Informe CGPJ contiene cuatro objeciones formales del Anteproyecto. Objeciones basadas en la aplicación de los preceptos recogidos en la Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa e indicadoras –con respeto– de la incomprensible premura de su elaboración. Tales objeciones denuncian la vulneración por el Anteproyecto de las Directrices 31⁶, 42.f.7, 50 y siguientes⁸ y 58⁹.

10. El 16 de julio de 2010, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del resultado del Anteproyecto y del In-

⁶ Cf. Informe CGPJ, pp. 5 y 6. La directriz 31 se refiere a la numeración de la división interna en apartados de determinados artículos y disposiciones finales del Anteproyecto, utilizando letra y números arábigos –cuando sólo deben utilizarse números arábigos– y elaborando una disposición final segunda carente de división en dos apartados.

⁷ Cf. Informe CGPJ, p. 6. La Disposición Final Séptima del Anteproyecto establece una remisión innecesaria al plazo de su entrada en vigor, vinculado al criterio general del art. 2.1º Cc y obviando que la directriz 42.f dispone que en el supuesto de “...no establecerse ninguna indicación, la norma entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil...”.

⁸ Cf. Informe CGPJ, p. 5: “...En relación con las modificaciones parciales del articulado LA (arts. 1 a 11 del Anteproyecto), debería haberse optado por un artículo (único o primero, si le sucedieran otros), con un título que haga referencia a la modificación que se opera LA. Este artículo habría de dividirse en tantos apartados cuantos preceptos se ven afectados por una nueva redacción, adición o derogación, con un “texto marco” donde se hiciera referencia al concreto precepto o disposición afectados por la reforma, sin necesidad de volver a especificar en cada apartado el título de la Ley”.

⁹ Cf. Informe CGPJ, p. 5. Aboga por una técnica de “modificación múltiple”, con utilización de unidades de división en artículos distintas para cada una de las Leyes concernidas; y cuando la modificación afecte a varios preceptos de una misma Ley, el artículo correspondiente habrá de dividirse en apartados, uno por cada artículo o disposición afectados.

forme CGPJ: el denominado Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley del Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, acompañado de un Proyecto de Ley Orgánica complementaria por la que se modifica la LOPJ, en lo que se refiere a las funciones de apoyo al arbitraje de los tribunales (en lo sucesivo, conjuntamente, el Proyecto de Ley).

3. *El Proyecto de Ley*

11. El 7 de marzo de 2011 y tras varias reuniones, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados –con competencia legislativa plena– aprobó por unanimidad el texto consensuado del Proyecto de Ley, que difería en algunos aspectos del originalmente remitido por el Gobierno.

12. En concreto, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados rechazó la regulación de la excepción de arbitraje y la supresión propuesta del arbitraje de equidad en arbitrajes internos, recogiendo finalmente las siguientes cuestiones: (i) la reasignación de funciones judiciales; (ii) la ampliación del plazo del ejercicio de la declinatoria; (iii) el idioma del arbitraje, permitiendo –salvo acuerdo en contrario de las partes– la utilización en el procedimiento arbitral de los diversos idiomas oficiales existentes en España, con el objeto de incrementar sus garantías procedimentales; (iv) la regulación de aspectos específicos del estatuto jurídico de los árbitros; (v) la implantación del arbitraje institucional para dirimir conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales¹⁰; (vi) la relación entre el proceso concursal y las medidas cautelares; (vii) la inclusión del adverbio “*manifiestamente*” en la causal de nulidad del Laudo por contravención del orden público y la posibilidad de supresión de cuestiones *extra petita* por los árbitros; y (ix) la regulación del arbitraje estatutario en materia de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas.

13. En esa misma fecha –7 de marzo de 2011– el Congreso de los Diputados remitió el texto del Proyecto de Ley aprobado por su Comisión de Justicia al Senado.

¹⁰ El Proyecto de Ley consensuado en el Congreso de los Diputados contemplaba la creación de una Comisión Delegada cuya presidencia se otorga al Ministro de la Presidencia –en su función coordinadora de la Administración General del Estado– siendo miembros natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, que también ejercería funciones de secretaría.

4. La tramitación en el Senado

14. Con fecha 12 de abril de 2011 la Ponencia de la Comisión de Justicia del Senado elaboró el informe preceptivo para estudiar el Proyecto de Ley, integrada por los Senadores Don Manuel Guillermo Altava Lavall; Don Alfredo Belda Quintana; Don Miquel Bofill Abelló; Don Francisco Javier Irizar Ortega; Doña Eva Parera Escrichs; Doña Ruth Porta Cantoni; Doña María Rosa Vindel López y Don Joseba Zubia Atxaerandio. Tras veintidós enmiendas e intensos debates, el texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso de los Diputados fue mejorado sustancialmente, tanto en la coordinación, como en la redacción y en el contenido de sus preceptos.

15. Devuelto por el Senado al Congreso de los Diputados, la Reforma fue aprobada por el Congreso de los Diputados en fecha 20 de mayo de 2011, entrando en vigor el 10 de junio siguiente.

III. Los pilares de la reforma

16. La reforma descansa en tres pilares: (1) la calibración de las funciones judiciales de apoyo y control del arbitraje, (2) la precisión puntual del procedimiento arbitral y (3) la coordinación del arbitraje con otras instituciones jurídicas.

1. Las relaciones entre el árbitro y el juez de apoyo y control del arbitraje

17. El funcionamiento de la institución arbitral depende de la delimitación de las pautas de convivencia necesaria entre jueces y árbitros. La reforma incide en dos cuestiones básicas: A) la regulación coordinada de la declinatoria arbitral y B) el ascenso del rango jurídico de los jueces competentes para decidir algunas cuestiones relevantes de apoyo y de control del arbitraje. La Reforma debiera servir para alcanzar a medio plazo una razonable uniformidad en estas decisiones judiciales. Analicemos sus contenidos.

A) Declinatoria arbitral

18. El art. 11 LA regula eficazmente el funcionamiento de la declinatoria arbitral, en coordinación con los arts. 39, 65.2º, 66.1º y concordantes de la LEC. Un funcionamiento que la práctica forense ha revela-

do eficaz para la preservación de los efectos positivo y negativo del acuerdo arbitral.

19. Pese a este funcionamiento eficaz, el art. 2 del Anteproyecto pretendió la modificación de la declinatoria, con la propuesta de inclusión de la denominada excepción de arbitraje en la Ley de Arbitraje. Para tal fin, el Anteproyecto además proponía la modificación de la redacción vigente de los arts. 39, 64.1º, 65.2º, 66.1º y concordantes LEC (cf. Disposición Final Cuarta del Anteproyecto).

Una propuesta, al parecer, justificada por la existencia de una hipotética polémica sobre los criterios de valoración *prima facie* –formal– del acuerdo arbitral defendidos por aquellas instituciones arbitrales que así lo contemplasen en sus reglamentos¹¹ y la postura jurisprudencial de analizar plenamente la concurrencia de causas de nulidad en su redacción. Con la excusa de equiparar la regulación vigente en la Ley de Arbitraje con otras de Derecho comparado¹², el Anteproyecto pretendía así que el juez competente para conocer el fondo del asunto asumiese asimismo funciones de control de validez del acuerdo arbitral, de forma que siempre sobreyera el litigio sometido por las partes, salvo que comprobase la manifiesta nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral invocado como causa de excepción procesal¹³.

20. El Informe CGPJ¹⁴ fue contundente en su conclusión negativa sobre la propuesta de excepción de arbitraje contenida en el Anteproyecto, al considerar que

“...desde el punto de vista de técnica legislativa parece incorrecto que el tratamiento de una excepción que se va a plantear y sustanciar en un proceso civil, no se regule en la LEC –que no contempla este régimen para el tratamiento de las cuestiones procesales, que han de serlo por el cauce de la declinatoria o posponerse a la audiencia previa o a la vista en el juicio verbal–, sino que haya que buscarlo en un cuerpo legal dedicado al arbitraje...”¹⁵.

El Informe CGPJ entendía, por tanto, que la propuesta del Anteproyecto adolecía de beneficios reales para las partes contendientes

¹¹ Cf. art. 6 Regl. CCI de 2012.

¹² Por ejemplo, la regulación francesa, sometida a reforma mediante el Décret número 2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage. *Vid.* en texto en español en *Arbitraje*, vol. IV, nº 3, 2011, pp. 836-844.

¹³ Cf. Anteproyecto, Exposición de Motivos, Apartado IV.

¹⁴ Cf. Informe CGPJ, pp. 43 a 46.

¹⁵ Cf. Informe CGPJ, p. 46.

La regulación procesal de la declinatoria contenida en los Artículos 63 a 65 y concordantes de la LEC unificó un tratamiento procesal hasta entonces disperso de la declinatoria, evitando que las excepciones perentorias –sustantivas– fuesen resueltas al final de la primera instancia, con el resultado de declarar en Sentencia la nulidad de todo lo actuado. En este sentido, el Informe CGPJ entendía que la propuesta de regulación de la excepción procesal de arbitraje contenida en el Anteproyecto alteraba injustificadamente la relación entre sumisión a arbitraje y proceso. Según estaba articulada en el Anteproyecto, esa propuesta supondría la conversión en sustantiva de una excepción procesal, implicando tanto una regresión parcial e injustificada a las excepciones procesales dilatorias contenidas en la LEC/1881 a través de un instrumento legislativo inadecuado¹⁶, como una duplicidad¹⁷, contraria al art. 6.1º Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

En definitiva, la propuesta del Anteproyecto pretendía articular en la Ley de Arbitraje¹⁸ –instrumento técnicamente inadecuado– un retroceso procesal, carente de beneficios reales para las partes contendientes¹⁹.

21. Como resultado de estas consideraciones y con la aplicación de un criterio adecuado, el Proyecto de Ley consensuado en el Congreso de los Diputados mantuvo la regulación procesal vigente de la decli-

¹⁶ Cf. Documento elaborado por la Asociación para el Fomento del Arbitraje en junio de 2010, bajo el título “Algunas Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma LA”, Apartado I, sobre la excepción de arbitraje (Marius Miró), pp. 7–10 en <http://www.afa.cat>.

¹⁷ Cf. Informe CGPJ, pp. 43–46.

¹⁸ Cf. Documento elaborado por la Asociación para el Fomento del Arbitraje en junio de 2010 (no publicado), bajo el título “Algunas Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma LA”, Apartado I, sobre la excepción de arbitraje (Marius Miró), pp. 7–10.

¹⁹ De hecho, en su regulación actual la declinatoria puede presentarse además ante el tribunal del domicilio del demandado, mientras que la excepción sólo se presentaría ante el tribunal que estuviese conociendo del pleito. Asimismo y sobre la base de su actual tratamiento como excepción procesal, la declinatoria –con efectos suspensivos– debe interponerse *a limine* antes de contestar a la demanda, bien –en los juicios ordinarios– dentro de los diez primeros del plazo para contestar a la demanda, bien –en el juicio verbal– en los cinco días posteriores a la citación a la citación para vista; plazo este que no se contemplaba en la regulación propuesta de la excepción procesal, donde su existencia debería denunciarse antes o junto con la contestación a la demanda, postergando su planteamiento injustificadamente hasta la celebración de la vista, modificando su tratamiento como un cuestión sustantiva –no prevista en el Convenio de Ginebra– y suspendiendo el procedimiento o el curso de las actuaciones. Por último, la tramitación actual de la declinatoria es escrita, mientras que el procedimiento propuesto en la excepción de arbitraje tendría una consideración mixta, con componentes escritos y orales que no contribuirían a mejorar la seguridad jurídica proporcionada por la regulación procesal vigente.

natoria, desechando la propuesta contenida en el Anteproyecto y aceptando los criterios del Informe CGPJ²⁰.

De esta forma, el art. 11 LA conserva su redacción vigente, si bien – y como consecuencia de la mejora introducida en el Senado²¹– precisando en este texto el plazo para la proposición de la declinatoria arbitral: dentro de los diez primeros días hábiles para contestar a la demanda o –en el caso de juicios verbales– dentro de los diez primeros días posteriores a la citación para la vista. Plazos que se corresponden con los que figuran recogidos en los arts. 39, 65.2º, 66.1º y concordantes de la LEC, facilitando de este modo la actuación forense en caso de resultar necesaria su interposición y generando, en consecuencia, seguridad jurídica.

B) Reasignación de competencias judiciales en funciones de apoyo y control del arbitraje

22. La reforma modifica los arts. 8.1º, 8.4º, 8.5º y 8.6º LA, en relación con los arts. 73.1º.c) y 86 ter.2.g LOPJ y con el art. 509 LEC. El objeto de estas modificaciones es mejorar la relación necesaria entre árbitros y jueces de apoyo y de control, determinando su desempeño tanto por los Tribunales Superiores de Justicia, como por los Juzgados de Primera Instancia. La reforma concentra y simplifica las competencias judiciales, mediante modificaciones relevantes para alcanzar la necesaria especialización de Jueces y Tribunales en materia

²⁰ Cf. Enmienda nº 6 del Congreso de los Diputados, presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana– Izquierda Unida–Iniciativa per Catalunya Verds, de supresión: “...paso atrás y vaciamiento del arbitraje...”. Enmienda nº 17 del Congreso de los Diputados, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, de supresión. Enmienda nº 37 del Congreso de los Diputados, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), de supresión: “...no se entiende como «mejora» así el arbitraje ni gana 'eficacia'...vacándose de contenido el principio Kompetenz, Kompetenz y atribuyéndolo al Juez ordinario que las partes han querido excluir al optar por el arbitraje...por tanto, paso atrás y vaciamiento del arbitraje...”. Enmienda nº 68 del Congreso de los Diputados, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (Eaj–Pnv), de supresión, por considerar que “...no consta a instituciones arbitrales ni a Colegios de Abogados que hubiera una demanda profesional o social de modificación de la actual declinatoria y mucho menos de su conversión en «excepción procesal» como lo hace el Proyecto...”, reiterada posteriormente como enmienda nº 4 del Senado, presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas, de supresión.

²¹ Enmiendas nºs 6 y 8 del Senado, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, de modificación: “... Donde dice '...dentro de los quince primeros días...' o '...en los quince primeros días...' debe decir '...dentro de los diez primeros días...' o '...en los diez primeros días...'. Justificación: Para armonizar el texto con los plazos de la declinatoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil...”.

arbitral, que tanto contribuiría a consolidar la reputación internacional de España como sede arbitral fiable.

23. La reforma ha suprimido el art. 86 *ter.2.g* LOPJ. Una decisión plausible, en tanto que corrige la inseguridad jurídica que este precepto provocaba en la práctica forense; especialmente, en el momento de la determinación de la competencia objetiva por razón de la materia a los Juzgados de lo Mercantil para el desempeño de determinadas funciones de apoyo judicial al arbitraje²². Con la reforma y a salvo de algunas mínimas contradicciones a corregir jurisprudencialmente, los Juzgados de lo Mercantil han perdido definitivamente esta competencia²³.

24. La reforma atribuye a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que sea sede del arbitraje la competencia para conocer de cuestiones relativas al nombramiento y remoción judicial de árbitros²⁴, a la acción de anulación de laudos –en detrimento de las Audiencias Provinciales²⁵– y al reco-

²² La LO complementaria de la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Disposición Derogatoria. En la supresión operada por la reforma ha prevalecido el criterio de especialidad legislativa contenido en la Ley de Arbitraje, sobre el más general previsto por la discutible redacción del art. 86 *ter* (2) (g) LOPJ, prácticamente inviable a efectos arbitrales. Cf. J. Arsuaga Cortazar, “Competencia civil y mercantil tras la incorporación del art. 86 *ter*. LOPJ: algunos problemas y su posible solución (i)”, en *Sepinnnet Revista de Enjuiciamiento Civil*, julio–agosto 2004, pp. 19–27, en especial 25 y 26; F.J. Menéndez Estébanez, “Primeras notas sobre la competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil”, *Revista Xurídica Galega*, n.º 43, 2004, pp. 40–73; AAP Murcia 3^a 9 mayo de 2006, FD 2.º; y AJPI Madrid n.º 83 22 de julio de 2008, FJ 2.º.

²³ Cf. Informe CGPJ, p. 68: en su opinión, tal supresión “...determinará que las materias del art. 8 LA que no se vean afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares y ejecución forzosa del laudo) y que por ello permanecerán residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil, lo que resulta incongruente con la tendencia a la especialización de órganos judiciales por razón de la materia...”.

²⁴ Para el desempeño de estas funciones, la reforma no altera el fuero principal y los fueros subsidiarios de competencia territorial, ni su orden de preferencia, actualmente previstos para determinar la competencia territorial de los JJ PP II. De esta manera, en ausencia de determinación, prevalecerá el fuero que corresponda al lugar del domicilio o de residencia habitual de cualquiera de los demandados. Si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, como criterios supletorios se aplicarán tanto el del domicilio o residencia habitual del actor y, en su ausencia en España, el que resultare de la elección del actor.

²⁵ Anulando, por vía de hecho y afortunadamente, el extraño acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de noviembre de 2010 (*BOE*, 22–XII–10), por virtud del cual llegaba a atri-

nocimiento de laudos y resoluciones arbitrales extranjeras. Además del incremento de rango jerárquico del órgano judicial competente, dentro de esta modificación legislativa destacamos la importancia tanto de (a) la remoción judicial de árbitros, como (b) del reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras.

a) La remoción judicial de árbitros

25. La remoción judicial de árbitros completa la ausencia sobre este particular, detectada en la redacción inicial del art. 8.1º LA. Con este complemento, la reforma ha dotado el art. 19.1º LA de plena eficacia.

b) El reconocimiento de decisiones arbitrales extranjeras

26. El reconocimiento de decisiones arbitrales extranjeras es asimismo relevante, aunque –en nuestra opinión– su viabilidad práctica dependerá de la interpretación jurisprudencial de los arts. I y III del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras –hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958²⁶ (en lo sucesivo, el Convenio de Nueva York).

27. La reforma distingue claramente entre laudos y decisiones arbitrales²⁷; resoluciones ambas a las que, en tanto que extranjeras, reconoce la posibilidad de su reconocimiento en España. En la práctica, esta diferenciación expresa implica un respaldo significativo para el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de ordenanzas procedimentales dictadas en arbitrajes internacionales y relativas –entre otros aspectos– a cuestiones sobre adopción de medidas cautelares²⁸ o práctica de prueba²⁹ en el procedimiento arbitral.

28. Pero es un respaldo no exento de dificultades reales, en tanto que la aplicación del Convenio de Nueva York se refiere exclusivamente a “...sentencias arbitrales...” (art. I); es decir, laudos. Las ordenanzas procedimentales –dentro de las que se encuadrarían las de-

buir al Juzgado de Primera Instancia nº 101 de los de Madrid competencias exclusivas en materia de acciones de anulación del laudo, sin modificar la Ley de Arbitraje.

²⁶ BOE, 9 y 11-VII-77.

²⁷ Cf. Sentencia de la *cour d'appel* de París, de 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776, en donde la Sala realiza una correcta distinción entre ordenanzas procesales y laudos y resoluciones arbitrales susceptibles de anulación.

²⁸ Cf. *Resorts Condominiums International Inc. v. Bolwell and another* (1993), 118 A.L.R. 665. Regl. CCI de 2012, Apéndice V, art. 6, Resolución del árbitro de emergencia.

²⁹ Cf. *Publicis Commun / True North Commun, Inc.*, en 206 F.3d 725 (7th Cir. III 2000).

más decisiones arbitrales a las que se refiere la reforma— carecen de tal consideración. Por el momento, existen dudas fundadas sobre la aplicación del Convenio de Nueva York a este tipo de decisiones arbitrales de tramitación, salvo que, visto el alcance de la reforma sobre este aspecto, los juzgados competentes apliquen la regla contenida en el art. III *in fine* del Convenio de Nueva York para facilitar su reconocimiento³⁰. Esta es una cuestión técnicamente compleja y delicada —dejaría sin efecto este aspecto de la Reforma, afectando su credibilidad— que sólo resolverá una jurisprudencia interpretativa uniforme y de calidad.

29. Los Juzgados de Primera Instancia serán competentes para la práctica de pruebas y para la ejecución forzosa de laudos y de resoluciones arbitrales nacionales y extranjeros.

C) Conclusión

30. La reforma opera una saludable concentración y simplificación de competencias judiciales. Su articulación está dirigida a incrementar la seguridad jurídica de la jurisprudencia que debe desarrollar estos aspectos; especialmente, en las materias relativas a la anulación de laudos y al reconocimiento de laudos extranjeros. Las modificaciones operadas por la reforma podrían suponer un avance relevante hacia la necesaria especialización de Jueces y Tribunales en materia arbitral, que tanto contribuiría a consolidar la reputación internacional de España como sede arbitral fiable.

2. Procedimiento arbitral

A) Capacidad e incompatibilidades de los árbitros

31. La Reforma modifica los arts. 15 y 17.4^o LA

32. Tras su tramitación parlamentaria³¹, el art. 15 LA —relativo al nombramiento de los árbitros— ha mejorado sustantiva y formalmente. Desaparece el atávico vestigio corporativista contenido en el art.

³⁰ En este sentido y sobre la flexibilidad formal de una decisión *cf. Braspetro Oil Services Company (Brasoil) v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*. Sentencia de la Cour d'Appel de París de 1 de julio de 1999 [1999/8 *Mealey's International Arbitration Report* G-1] y Sentencia de la *cour d'appel* de París, 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776. *Publicis Commun v. True North Commun, Inc.*, en 206 F.3d 725 (7th Cir. III 2000),

³¹ *Cf.* Anteproyecto, art. 4, dos.

15.1º LA para los arbitrajes internos, a decidir en equidad³². Tras la Reforma y manteniendo la salvedad del acuerdo en contrario de las partes³³, en los arbitrajes de equidad a decidir por un árbitro único los árbitros pueden ser juristas; en el caso de un tribunal arbitral colegiado, al menos uno de sus integrantes deberá detentar tal condición³⁴. La precisión del alcance del término "...jurista..." será un previsible punto de fricción, a resolver por la jurisprudencia interpretativa de los Tribunales Superiores de Justicia.

Asimismo, las resoluciones judiciales sobre el nombramiento de los árbitros adquieren firmeza inmediata tras la Reforma: contra las mismas no cabrá la interposición de recurso alguno. De esta forma, la Reforma finaliza la dicotomía práctica suscitada con motivo de la aplicación de los arts. 15.5º y 15.7º LA³⁵, en donde tales recursos eran posibles, aunque con criterios jurisprudenciales contrapuestos³⁶.

³² Una exigencia derivada de una enmienda tardía, consistente en la exigencia de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, en tales supuestos los árbitros detentasen la necesaria condición de abogados en ejercicio. Esta regulación fue muy criticada en su momento por la doctrina, en tanto que, además de carecer de paragón en las regulaciones de derecho arbitral comparado y aplicarse exclusivamente a arbitrajes nacionales celebrados en equidad, la misma suponía la injustificada exclusión de otros profesionales igualmente cualificados para desempeñar las funciones arbitrales. Una exigencia derivada de una enmienda tardía, consistente en la exigencia de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, en tales supuestos los árbitros detentasen la necesaria condición de abogados en ejercicio. Esta regulación fue muy criticada en su momento por la doctrina, en tanto que, además de carecer de paragón en las regulaciones de derecho arbitral comparado y aplicarse exclusivamente a arbitrajes nacionales celebrados en equidad, la misma suponía la injustificada exclusión de otros profesionales igualmente cualificados para desempeñar las funciones arbitrales.

³³ Enmienda nº 12 del Senado, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, de modificación: "... Se sustituye la expresión ‘...salvo que las partes expresamente acuerden otra cosa...’ por ‘... salvo acuerdo en contrario de las partes...’. Justificación: Las partes no "...acuerdan cosas..." sino que llegan a acuerdos. La redacción que se propone es más acorde con la tradición legislativa y coincide con la redacción del Artículo Único, Cinco que modifica el art. 15, ap. 1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y Nueve, que modifica el art. 37, ap. 2 Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje..."

³⁴ Cf. Proyecto de Ley, Congreso de los Diputados, Exposición de Motivos, Apartado II: "...una mejor estructuración del nombramiento de los árbitros, abriendo el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho. Pero, también, previendo, de forma expresa, que es posible la intervención de otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento, pues la experiencia internacional plenamente asentada aconsejaba dicha reforma, y ello sin olvidar que de esa manera se produce un mayor acoplamiento a la 'libre competencia' que reclaman las instituciones de la Unión Europea..."

³⁵ La redacción original del art. 15.7º LA contemplaba el recurso contra la decisión del tribunal competente rechazando el nombramiento de los árbitros, de apreciarse la inexistencia de un acuerdo arbitral válido (art. 15.5º LA).

³⁶ Cf. AJM Cádiz nº 1 4 febrero de 2004; AAP Murcia 4ª 23 junio de 2005; AAPMadrid 21ª 9 de enero de 2007; AAP La Rioja 1ª 2 de mayo de 2008.

33. En línea con lo dispuesto en el art. 12³⁷ de la Ley Modelo de la Uncitral sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002³⁸, el art. 17.4^o LA establece la imposibilidad de que un mediador pueda actuar como árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes.

34. La Reforma ha perdido –en nuestra opinión– la oportunidad de precisar la redacción del art. 15.2^o.b, segundo párrafo LA; un precepto relativo al nombramiento de árbitros en arbitraje multiparte que, en el momento de la promulgación LA, constituyó una de sus principales innovaciones. Los arts. 15.2^o.b), último párrafo, y 15.2^o.c) LA sintetizan la doctrina del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, contenida inicialmente en la sentencia dictada en el asunto *Bkmi Industrieanlagen GmbH; Siemens Ag v. Dutco Construction Co. (Pvt.) Ltd.*³⁹ y desarrollada con las últimas tendencias de los principales reglamentos arbitrales internacionales⁴⁰.

Sin embargo, su redacción –algo inadecuada– no refleja el problema del respeto al principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral en toda su extensión. Por un lado, parece que este precepto debiera aplicarse tan sólo en supuestos en los que exista pluralidad de demandantes o pluralidad de demandados, como si tal condición fuera excluyente y olvidando que la pluralidad puede concurrir simultáneamente en ambas partes contendientes o sólo en una de ellas. Tampoco es correcta la mención a la ausencia de acuerdo de demandantes o de demandados en la designación del árbitro, porque, en la práctica, el problema radica en la ausencia de acuerdo entre las partes litigantes sobre el método de constitución de tribunal arbitral, ya que cada uno de los integrantes de una parte plural –demandante o demandado– quiere

³⁷ Cf. *Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, p. 50–52, párrafos 78 a 82.

³⁸ Aprobada el 24 de junio de 2002 y durante el quincuagésimo séptimo período de sesiones de trabajo de la Asamblea General de 24 de enero de 2003 (Documento de las Naciones Unidas A/Res/57/18).

³⁹ Sentencia de la *cour d'appel* de París 5 de mayo de 1989 (*Rev. arb.*, 1989, p. 723) y de la *cour de cassation* 7 de enero de 1992. Cf. E. Galliard y J. Sauvage, *Fouchard, Galliard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Dordrech, Kluwer Law International, 1999, § 792; *Westland Helicopters Ud v. the Arab Organization for Industrialization, the United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, the Arab Republic of Egypt and the Arab British Helicopter Company* (Laudo CCI, asunto 3879/1984; Sentencia del Tribunal Supremo Suizo de 24 de septiembre de 1986; Audiencia Provincial de Ginebra de 3 de noviembre de 1987; Tribunal Federal Suizo de 18 de julio de 1988; *United States District Court, Southern District of New York* de 29 de octubre de 1993; y Tribunal Supremo Inglés de 21 de Julio de 1994]; y *Government of the United Kingdom v Boeing Co.* [United States Court of Appeals, Second Circuit 29 de junio de 1993 No. 92–9242).

⁴⁰ Cf. art. 8.1^o Regl. LCIA y art. 18 Regl. OMPI de 2002.

nombrar su propio árbitro, sin que la parte contraria –no, los demás integrantes de esa parte plural– acepte esa pretensión.

De haberse efectuado con el debido reposo y amplitud, la Reforma podía haber mejorado esta redacción, aprovechando –entre otras tendencias– la influencia de los reglamentos arbitrales más modernos⁴¹ para colocar nuestra legislación en la vanguardia arbitral.

B) Responsabilidad de la institución arbitral

35. La reforma ha modificado el art. 14.3º LA, obligando a las instituciones arbitrales a velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, por la transparencia en su designación y por su independencia⁴². Precepto que debe relacionarse, a su vez, con el art. 21.1º, segundo párrafo, LA, que también se contempla como parte integrante de la reforma. Ha sido un precepto discutido. Por un lado, algunas instituciones arbitrales han expresado su reticencia a formalizar –por ley– una práctica que la diligencia ya exige con carácter habitual. Su contenido debe relacionarse con el art. 21 Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y con los arts. 7 y 73 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Por otro lado, en nuestra opinión la Reforma no ha estado acertada estableciendo una diferencia –sin suficiente explicación– al eximir de la constitución de esta póliza a “...las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas...”.

C) Idioma del arbitraje

36. La reforma modifica el art. 28.1º LA. Entre otras cuestiones, su texto alude a la conveniencia de que “...a falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones...”⁴³. Este esfuerzo del Legislador por preservar nuestro rico acervo cultural es loable, aunque la experiencia forense nos prevenga sobre su irrelevante alcance práctico.

⁴¹ Cf. Arts. 7 a 10 Regl. CCI de 2012.

⁴² Cf. SAP Madrid 12ª 30 de junio de 2011.

⁴³ Cf. ap. II Exposición del Proyecto de Ley consensuado en el Congreso de los Diputados, en donde se anuncia la articulación de “...un nuevo sistema respecto al idioma del arbitraje, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral...”.

Las cuestiones sometidas a arbitraje albergan una complejidad destacable en los idiomas que habitualmente se utilizan por las partes en el giro mercantil nacional e internacional. El condicionamiento comprensible del uso de este art. 28.1º LA a la voluntad de las partes acaso sirva de acicate para negociar y redactar acuerdos arbitrales completos, elaborados por especialistas en la materia y dirigidos a minimizar –en lo posible– riesgos innecesarios. Acuerdos que, además, pueden contribuir a una indeseable atomización de un mercado interno, ya fragmentado suficientemente. De esta forma y salvo que el Legislador hubiese renunciado a su objetivo inicial, la fiabilidad internacional de España como sede arbitral podría verse ralentizada.

D) Tipos de arbitraje

a) Arbitraje de equidad

37. El objetivo principal del Anteproyecto era suprimir la utilización del arbitraje de equidad para arbitrajes nacionales, prevista en el art. 34.1º LA. Como justificación de esta postura, el Anteproyecto aludía a la necesidad de “...incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. En esa línea se restringe el arbitraje de equidad, lógicamente sin afectar al ámbito específico del arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación propia...”⁴⁴. La Memoria ampliaba esta justificación mencionando, por un lado, la conveniencia de solventar los problemas prácticos generados por determinados procedimientos arbitrales –seguidos ante instituciones arbitrales en consolidación y generadores de una jurisprudencia anulatoria superior a la deseable– y, por otro lado, la utilidad de remitir la utilización del arbitraje en equidad a la mediación, aún cuando ambos mecanismos de solución de controversias guarden escasa similitud técnica, a salvo –claro está– de su común finalidad de resolver un conflicto comercial existente entre partes contendientes, por aplicación de su expreso deseo.

La propuesta del Anteproyecto parecía ignorar la regulación actual contenida en la Ley de Arbitraje. Una regulación adecuada, en tanto que invierte la tendencia de la Ley/1988⁴⁵ y recupera el criterio tanto

⁴⁴ Cf. Anteproyecto, Exposición de Motivos, II.

⁴⁵ Cuyo art. 4 disponía que, en ausencia de acuerdo expreso de las partes, los árbitros resolverían imperativamente en equidad. Este precepto había resultado, en la práctica, un obstáculo legislativo para el desarrollo del arbitraje. Las partes que –bien por descuido, bien por ignorancia– hubiesen omitido someter sus disputas a un arbitraje de derecho se

LA/1953⁴⁶, como de las regulaciones vigentes de derecho comparado⁴⁷ y de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales⁴⁸. En todos estos supuestos sólo se autorizan decisiones arbitrales en equidad cuando existe previo acuerdo expreso de las partes en tal sentido.

38. Con buen criterio, el Proyecto de Ley consensuado en el Congreso de los Diputados eliminó esta pretensión injustificada del Anteproyecto, manteniendo en toda su extensión la opción del arbitraje de equidad. Como consecuencia de esta decisión, se mantiene inalterada la regulación actualmente contenida en el art. 34.1^o LA⁴⁹, si bien perfilando algunos aspectos acerca de la actuación de los árbitros y de la composición de este tipo de tribunales arbitrales; aspectos anteriormente analizados y a cuyo contenido remitimos al lector, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

b) Arbitraje administrativo

39. La Disposición Adicional Única de la Ley 11/2011 es la causante de la confusión que ahora abordaremos: el arbitraje administrativo.

40. Es cierto que bajo el título “Controversias jurídicas en la Administración General del Estados y sus Organismos públicos”, la Ley 11/2011, regula el funcionamiento de “...las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los Organismo Públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril...”. Pero a pesar de la publicidad e importancia que se le ha pretendido conferir

veían automáticamente inmersas en un arbitraje de equidad, por imperativo legal y, en la mayoría de los casos, en contra de su voluntad.

⁴⁶ Art. 4.

⁴⁷ Art. 33.2^o Regl. Uncitral; art. VII.2^o Convenio de Ginebra de 1961; art. 42.3^o Convenio de Washington de 1965; art. 1478, del la Nueva Ley Francesa de Arbitraje (Decreto 2011-48, de 13 de enero); art. 1504 del Código Holandés de Derecho Procesal Civil; art. 187.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987; art. 1700.1^o del Código Judicial Belga, según reforma de 1998; y art. 1051.3^o del Código Procesal Civil Alemán, según reforma del procedimiento arbitral de 22 de diciembre de 1997 (Ley Alemana de Arbitraje de 1998).

⁴⁸ Art. 17.1^o Regl. CCI (1998); art. 21.3^o Regl. CCI (2012); art. 28.3^o Regl. AAA; art. 22.4^o Regl. LCIA; art. 24.3^o Regl. Cámara de Comercio de Estocolmo de 1999; art. 34.3^o Reglamento de la Institución Alemana de Arbitraje; y art. 33 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

⁴⁹ Cf. Documento elaborado por la Asociación para el Fomento del Arbitraje en junio de 2010 (no publicado), bajo el título “Algunas Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma LA”, Apartado IV, sobre el arbitraje de equidad (Carlos Valls/Andrea Nuvoli), pp. 18-21.

al denominado arbitraje administrativo, el art. 14.1º.a) LA es el único precepto afectado por la Reforma, al incorporar en su redacción las Corporaciones de Derecho Público⁵⁰ y las Entidades de Derecho Público, suprimiendo la referencia específica al Tribunal de Defensa de la Competencia que se contenía en la redacción derogada. El desempeño de sus funciones arbitrales se efectuará conforme a sus normas reguladoras.

41. A partir de aquí, cabe preguntarse acerca de los motivos que justificaban la precipitada inclusión de esta referencia a un arbitraje impropio en una norma relativa a la regulación de arbitrajes comerciales, en la cual –como dispone el art. 2.2 LA– contiene la regla por la cual los Estados o sus entes dependientes que sean partes en un arbitraje comercial internacional se abstendrán de hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico, con el fin de que “...a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular...”⁵¹.

42. Desde el respeto a esta premisa, el Informe CGPJ es de una contundente elegancia, al reseñar el peligro de que con

“... el arbitraje administrativo que introduce el Anteproyecto se planteen problemas interpretativos o de integración normativa mediante la analogía, dada su ubicación sistemática extramuros de la legislación administrativa. Por este motivo, sería aconsejable evitar la vinculación del arbitraje administrativo con la Ley de Arbitraje, y separar ambos arbitrajes, pues el régimen jurídico de esta Ley no podrá ser aplicable a las relaciones jurídico–administrativas en las que están presentes intereses públicos. Habrá que proceder al traslado del arbitraje administrativo a una norma de esta naturaleza –que por coherencia del sistema sería la LRJ–PAC–, pues debe despejarse toda duda acerca de la naturaleza jurídico–administrativa de este arbitraje y su inserción en el sistema de solución de controversias administrativas, con plena aplicación de los principios informadores del Derecho administrativo. La incompatibilidad entre los principios inspi-

⁵⁰ En sentido estricto. Se trata, en resumen, de entidades con base asociativa creadas por el Estado y, por ello, de carácter público, pero con capacidad de autogestión y autofinanciación, con la peculiaridad que constituye el carácter obligatorio de la adscripción a las mismas para garantizar el cumplimiento de los fines públicos que les son atribuidos.

⁵¹ Cf. Ley de Arbitraje, Exposición de Motivos, Apartado II; art. 177.2º de la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza de 1987; E.J. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*. Berlin. Heidelberg. New York. Springer. 2005. p. 227; Asunto *République Arabe d’Egypte and The Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (Egoth) v. Southern Pacific Properties Ltd. and Southern Pacific Properties (Middle East)*, Laudo CCI nº 3.493/1983, de 16 de febrero de 1983; Decisión del Presidente de Tribunal de Distrito de Amsterdam, 12 de julio de 1984; Sentencia de la *cour d’appel* de París de 12 de julio 1984 (*Rev. arb.*, 1986, p. 75) y Sentencia de la *cour de cassation* de 6 de enero de 1987 (*ILM*, 28, 1987, pp. 1004–1007); y Caso CIADI nº Arb/84/3 Laudos de 27 de noviembre de 1985 y de 14 de abril de 1988 (sobre jurisdicción); y 20 de mayo de 1992 (final) [32 *International Legal Materials* (1993) pp. 933–1038].

radores LA y el arbitraje administrativo es tal que ha llevado a la doctrina civilista a considerar materias excluidas del arbitraje por razones de orden público las de naturaleza genuinamente administrativa: tributarias, de función pública, sancionadoras y, en general, las actuaciones administrativas en las que el Estado aparece investido de autoridad, ejerciendo potestades públicas...⁵².

Opinión que compartimos plenamente.

c) Arbitraje societario

43. La reforma introduce los arts. 11 *bis* y 11 *ter* en la LA, para regular el denominado arbitraje estatutario, en relación con la resolución de los conflictos que presenten las sociedades de capital.

44. La incorporación de los acuerdos arbitrales en los estatutos sociales de las sociedades de capital que así lo deseen requerirá la obtención de –al menos– dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social, rebajando así durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley la exigencia de unanimidad inicialmente prevista por el Anteproyecto. Esta regulación –contenida en el art. 11 *bis*.2 LA– es aplicable a sociedades ya existentes; disposición que obliga, a su vez, a revisar los criterios de mayorías de los estatutos de tales sociedades para la adopción de determinados acuerdos sociales y para incluir la mayoría legalmente requerida para el eventual sometimiento a arbitraje.

45. La eventualidad apuntada deriva de la redacción de los arts. 11 *bis*.1 y 3 LA. Ambos preceptos contemplan la facultad de impugnación –“...podrán...”– de acuerdos sociales por socios o por administradores; facultad, en todo caso, sujeta al cumplimiento necesario de dos condiciones previas: (i) la existencia de una cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales⁵³ y (ii) la sumisión a arbitraje institucional.

Como hemos indicado anteriormente, el cumplimiento de la primera condición está sujeta a las mayorías sociales legalmente previstas en el art. 11 *bis*.2 LA.

Anticipamos, sin embargo, mayores problemas en la aplicación de la segunda condición expuesta. En el supuesto de que el objeto del arbitraje se refiera a la impugnación de acuerdos sociales, la administración del procedimiento –incluida la designación de los árbitros–

⁵² Cf. Informe CGPJ, p. 30.

⁵³ Arts. 114.2º.c y 175.2º.c RCD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Registro Mercantil.

parece que se encomendará entonces a una institución arbitral (art. 11 *bis.3* LA). Así y para estos supuestos, el arbitraje estatutario deviene en apariencia en un arbitraje institucional, abriendo posibilidades de anulación del laudo en el supuesto de que las partes contendientes – bien por voluntad, bien por ignorancia– optasen por la celebración de un arbitraje *ad hoc*, ignorando esta disposición imperativa. Y decimos en apariencia ya que la redacción resultante de la reforma sobre este particular es mejorable. Por un lado, del tenor literal del texto del precepto –art. 11 *bis.3* LA– no se infiere ni la obligación de someter toda controversia a arbitraje, ni la prohibición de acudir a un arbitraje de equidad, ni la necesidad de que este tipo de controversias se resuelvan por un arbitraje institucional excluyente de otras opciones. Sin embargo y por otro lado, este carácter imperativo pudiera derivarse de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, según la cual “...se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y la designación de los árbitros por una institución arbitral...”. La STC, Pleno 150/1990, de 4 de octubre puede contribuir a generar mayor inseguridad de la deseada en relación con este particular, ya que según dispone “...los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo...”. Por lo tanto, será una cuestión a determinar –en su caso– en vía de anulación, mediante –esperemos– una jurisprudencia interpretativa homogénea.

46. La anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles plantea dos supuestos.

El primer supuesto se refiere a aquellos acuerdos inscribibles cuya nulidad declare un laudo arbitral. Según dispone el art. 11 *ter.1* LA, este laudo deberá inscribirse en el Registro Mercantil, publicándose un extracto del mismo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; exigencia que, a buen seguro, abrirá el debate acerca de la extensión de dicha publicación y de la identidad de los contendientes en vía arbitral.

El segundo supuesto se refiere a aquellos laudos que declaren la nulidad de un acuerdo societario inscrito. En este supuesto y a riesgo de incurrir en motivo de anulación por incongruencia *infra petita*, el art. 11 *ter.2* LA contiene un mandato dirigido a los árbitros, por virtud del cual dicho laudo deberá determinar la cancelación de la inscripción del acuerdo anulado y la de los asientos posteriores, que resulten contradictorios con su contenido.

47. No obstante, el Legislador debiera haber sopesado la posibilidad de incluir una Disposición Final en la Ley 11/2011 por virtud de la cual se adaptase convenientemente la legislación mercantil afectada,

con la finalidad de afianzar la seguridad jurídica en la ejecución de este tipo de laudos.

E) Forma y plazo de emisión del Laudo

48. Bajo este epígrafe englobamos dos aspectos relevantes en cuanto a la forma y al plazo de emisión del laudo, contenidos en el art. 37 LA, parcialmente modificado con la Reforma.

49. En cuanto a la forma del Laudo, la Reforma incide en dos cuestiones destacables: (i) el voto particular y (ii) su motivación.

El art. 37.3º LA contempla la posibilidad de que el laudo pueda contener un voto particular, por virtud del cual los árbitros puedan expresar su parecer discrepante, dejando "...constancia de su voto a favor o en contra..." de la decisión mayoritaria. Aun con el parecer contrario del Informe CGPJ⁵⁴, tanto en el Anteproyecto⁵⁵, como en el Proyecto de Ley aprobado en el Congreso⁵⁶, se contemplaba la supresión de esta facultad de los árbitros, con la justificación de que este tipo de votos contenían, por lo general, opiniones discrepantes de los árbitros nombrados por las partes menos favorecidas por la resolución arbitral, justificadoras de eventuales motivos de anulación del laudo. Se prefería, por tanto, la unanimidad en la decisión arbitral. Una opinión no compartida –afortunadamente– por algunos de los Grupos del Senado, representados en la ponencia designada en la Cámara Alta para estudiar el Proyecto de Ley remitido por el Congreso. Tras intensos debates –de notable contenido técnico– la mayoría de los presentes en la ponencia votaron a favor de la inclusión expresa del voto particular, mediante la formulación de enmiendas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado⁵⁷, por el Grupo Parlamen-

⁵⁴ Cf. Informe CGPJ, pp. 108 y 109: "... es cuestionable la proyectada supresión del voto particular en el laudo arbitral, en la medida en que el parecer del árbitro discrepante pueda servir tanto para satisfacer el interés de la parte en conocer la integridad del debate del colegio arbitral, como para apreciar una causa de anulación o de revisión..."

⁵⁵ Cf. art. 6.

⁵⁶ Con las enmiendas en contra del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana–Izquierda Unida–Iniciativa per Catalunya Verds, de supresión (enmienda nº 12), del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, de supresión (enmienda nº 26), del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), de supresión (enmienda nº 44) y del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ–PNV), de supresión (enmienda nº 74).

⁵⁷ Enmienda nº 15, de supresión "... Justificación: La posibilidad de emitir un voto particular (parece discrepante en términos del actual art. 37.3º LA) existe en casi todas las legislaciones de nuestro entorno y es recogida en la Ley Modelo Uncitral. Tampoco tiene parangón con la jurisdicción ordinaria donde el voto particular está ampliamente reconocido. No puede negarse que, con frecuencia, el voto particular es emitido por el árbitro

tario Entesa Catalana de Progrés⁵⁸ y por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió⁵⁹.

El art. 37.4º LA sufre también una modificación importante, al establecer la obligación de motivar el laudo, salvo en los supuestos de laudos adoptados por acuerdo de las partes. De esta forma y al suprimir la mención anterior al acuerdo en contrario de las partes para que el laudo careciese de motivación, la Reforma aporta –en nuestra opinión– seguridad jurídica al arbitraje.

designado por la parte que ha resultado vencida en el arbitraje como medio, o bien de justificar su actuación en el seno del tribunal o incluso de posibilitar una impugnación del laudo mediante la acción de anulación. Pero todo ello no hace perder utilidad al voto particular, puesto que éste cumple al fin y a la postre dos misiones importantes: (I) la de su mera eventualidad, que suele conducir al tribunal, o por lo menos a su presidente, a buscar una solución de consenso que implica frecuentemente una mayor justicia entre las posturas enfrentadas, y (II) la de su efectiva emisión. Que puede ayudar a invalidar un laudo cuando éste lo merece. Y es que no debe temerse la posibilidad de anular un laudo cuando concurren circunstancias para ello. Antes al contrario, esta posibilidad va en beneficio del arbitraje ya que las partes deben tener la garantía de no verse vinculadas por una decisión susceptible de anulación. Frente a estas ventajas, existe el inconveniente de seguir posibilitando la emisión de votos particulares de escasa calidad o de mera «protesta» del árbitro que ha quedado en minoría (lo cual– insistimos– no es infrecuente) pero dichos votos se desacreditan por sí solos y no perjudican al arbitraje...”.

⁵⁸ Enmienda nº 2, de supresión “...Justificación: Si la reforma descansa en los motivos de facilitación de la discordia en el seno del tribunal arbitral mediante posibilitar el voto particular, no son reales. La impugnación del laudo se producirá con voto particular o sin él. El voto particular responde a la aparente «unanimidad» de criterio en el laudo cuando uno de los miembros del tribunal arbitral ha identificado desviaciones graves de legalidad o de formación de la decisión. El efecto benéfico que produce el voto particular, dejando de lado situaciones abusivas que en sí mismas contienen la causa de su ineficacia, consiste en permitir que el árbitro de un colegio arbitral pueda salvar no ya su honorabilidad ante situaciones de laudos ilegales, sino incluso su responsabilidad que le viene atribuida por el art. 21.1º de la Ley. Tampoco se alcanza a entender que teniendo los jueces la posibilidad de emitir un voto particular (art. 205 LEC), tal posibilidad se cercene a los árbitros cuando las razones de la existencia en el ámbito jurisdiccional son de aplicación analógica al ámbito arbitral. De nuevo se da un paso atrás. La eliminación produce más efectos negativos que positivos por lo que debe mantenerse la redacción actual. Piénsese en que a un árbitro honesto ante una situación anómala sin la posibilidad del voto discrepante no le queda posiblemente otra alternativa que la de dimitir, con los efectos de crisis procesal e ineficacia que derivará de la más que probable necesidad de repetición de actuaciones practicadas como posibilita el art. 20.2º de la Ley. El voto particular lejos de debilitar el laudo lo hace más fuerte pues entraña que el voto de la mayoría ha tomado consideración ya la tesis del voto disidente. La imprescindible transparencia queda perjudicada. Por tanto con la reforma no se contribuye en nada a mejorar el sistema y en cambio se priva de una válvula de escape de disfunciones...”.

⁵⁹ Enmienda nº 21, de modificación “... Justificación: Aunque esta posibilidad no está vetada, de forma expresa en este precepto, para evitar dudas o ambigüedades, siempre enojosas, sería adecuada su previsión. Esta facultad está hoy reconocida, con carácter general, a los tribunales y órganos consultivos. Es un triunfo de la transparencia y ayuda a los afectados, especialmente, en materia de impugnación de los laudos...”.

50. En cuanto al plazo para la emisión del laudo, el art. 37.2º *in fine* aclara y resuelve una cuestión que, pese a resultar pacífica tras la reforma de 2003, aún propiciaba esporádicas interpretaciones jurisprudenciales contradictorias⁶⁰: salvo acuerdo en contrario de las partes, el transcurso del plazo para la emisión del laudo no afectará ni a la eficacia del acuerdo arbitral, ni a la validez del laudo. La Reforma confirma, por tanto, que el transcurso del plazo para la rendición del laudo está excluido de las causas de anulación tasadas en el art. 41.1º LA. Aclaración bienvenida por sus previsibles beneficios para la seguridad jurídica del arbitraje.

F) Control del laudo

51. Dentro de este apartado, la reforma afecta a los arts. 39, 42 y 43 LA.

52. Tras la reforma, el art. 42.1º.b amplía el plazo de contestación a la demanda de anulación de un laudo arbitral a veinte días. De igual manera, el art. 43 sufre la supresión –acertada– de la referencia a la firmeza del laudo y la concreta precisión de que, contra el mismo, sólo cabe ejercitar la acción de anulación o, en su caso, la revisión prevista en la LEC para sentencias firmes.

53. El art. 39.1º.d) LA contempla la inclusión de la rectificación por el árbitro de la eventual extralimitación parcial del laudo, que haya sido detectada por las partes contendientes. En nuestra opinión, esta regulación puede generar diversos problemas en la práctica.

El art. 39.1º LA recoge las facultades reparadoras del laudo, propias de todo árbitro; facultades consistentes en tres supuestos en los que las partes pueden interesar su rectificación una vez dictado: su corrección, su complemento y su aclaración. La SAP 21ª Madrid 24 de septiembre de 2002 precisa aún más este concepto,

“... siendo el objeto de la aclaración del laudo arbitral (al igual que sucede con la aclaración de las resoluciones judiciales) muy reducido. Solo cabe corregir, es decir, rectificar mejorándolo en el sentido de perfeccionar lo imperfecto, pero sólo para evitar alguno de los siguientes errores o equivocaciones: de cálculo o numérico, de copia, tipográfico o mecanográfico y similar (lo que abre la relación que deja de tener carácter exhaustivo pero no concede una patente de corso para rectificar cualquier error ya que la semejan-

⁶⁰ Cf. SAP Asturias 18 de noviembre de 2005; SAP Valencia 11ª 14 de junio de 2006; SAP Las Palmas 3ª 13 de febrero de 2007; SAP Badajoz 3ª 29 de octubre de 2007; SAP-Madrid 21ª 2 de febrero de 2010; y SAP Valladolid 3ª 2 de diciembre de 2010.

za o analogía debe predicarse de los anteriores errores reseñados por lo que debe quedar reducida a errores en nombres, apellidos, domicilios, parentescos o indicar demandante a quien es demandado). También cabe aclarar es decir poner en claro y nítido lo inteligible lo que no lo era o estaba, dar luz a lo que parece o se presenta oscuro. Y, por último, cabe suplir alguna omisión en el sentido de añadir la falta de algo que pudo y debió estar y se ha olvidado. Pues bien, en el presente caso se presenta la resolución aclaratoria como la rectificación de un error de cálculo o numérico...”.

Desde estos parámetros, cualquier solicitud de esta naturaleza debe abordarse por los árbitros con una extremada prudencia, para evitar acciones de anulación del laudo. De conformidad con lo dispuesto en el art. 38.1º LA “...las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo...”. Así calificado y una vez rendido, el contenido del laudo deviene invariable respecto de la cuestión que resuelve. Invariabilidad exigida por la aplicación del principio de seguridad jurídica, en relación con el derecho a la tutela arbitral efectiva⁶¹. Su efecto inmediato es asegurar a las partes que han sido contendientes en un procedimiento arbitral que las resoluciones definitivas dictadas en su seno no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces y de los límites legalmente establecidos para tal fin⁶².

Sin embargo, el hecho de que el art. 39.1º.d) LA contemple la posible la rectificación por el árbitro de la eventual extralimitación parcial del laudo ya rendido y una vez finalizado su mandato –recordemos que el art. 38.1º LA permanece inalterado tras la Reforma– contiene dos riesgos, criticables.

Por un lado, puede suponer que el razonamiento del laudo definitivo y su parte dispositiva necesiten modificaciones para corregir la extralimitación denunciada, sufriendo así los principios constitucionales anteriormente indicados un menoscabo suficiente como para fundamentar una anulación tanto del laudo, como de la decisión que articule su rectificación, por vulneración del orden público procedi-

⁶¹ S. Barona Villar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid. Thomson-Civitas. 2005, pp. 931–1297–1299, 1305–1307; J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed., Madrid, Civitas. 2006, p. 665, §§1498–1499.

⁶² Cf. FJ 3º STC 1ª nº 288/1993, de 4 de octubre, disponiendo que “...la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales.... Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es ‘un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada’...”. En el mismo sentido, SSTC 119/1988, de 20 de junio; 16/1991, de 28 de enero; 231/1991, de 10 de diciembre; 142/1992, de 13 de octubre; 352/1993 de 29 de noviembre; 112/1999, de 14 de junio; 218/1999, de 29 de noviembre; 69/2000, de 13 de marzo; 111/2000, de 5 de mayo; y 159/2000, de 12 de junio. STS 2ª 3 de noviembre de 2000; SAP Granada 3ª 4 de abril de 2000; y SAP Orense 7 de marzo de 2002.

mental⁶³ (art. 41.1^o.f LA, que, por cierto, ha permanecido inalterado, pese a las iniciales pretensiones modificatorias del Anteproyecto⁶⁴).

Por otro lado, la incongruencia –*ultra petita* o *infra petita*– del Laudo constituye un motivo tasado de anulación del laudo. La primera, mediante la invocación del art. 41.1^o.c LA. La segunda –

⁶³ Cf. SS AP Barcelona15^a 27 de marzo de 2008, 18 de noviembre de 2005 y 12 de septiembre de 2002 y SAP Madrid 10^a y 13^a 10 abril 1992, 22 de septiembre de 1992, 9 de mayo de 2000 y 3 de junio de 2002. Todas coinciden en situar el concepto de orden público relevante para la anulación de un laudo arbitral en la conculcación de alguno de derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española y garantizados por su art. 24; es decir, en la vulneración del orden público constitucional.

⁶⁴ Cf. Informe CGPJ, pp–106, 107 y 135: “...el art. 8 del Anteproyecto (infracciones del laudo) modifica el tenor de la tipificada en el art. 41.1^o.f) LA, consistente en ser el laudo contrario orden público, para añadir el adverbio ‘manifestamente’, es decir, el laudo ha de ser manifestamente contrario al orden público para incurrir en causa de anulación. Según la Memoria, con ello se “busca incrementar la fuerza jurídica del laudo»... La cuestión radica, por tanto, en el alcance del término “manifestamente”. El Diccionario de la Real Academia Española lo define así: “con claridad y evidencia, descubiertamente”. Por lo tanto, lo “manifiesto” no es una cualidad añadida a la propia infracción del orden público, a la que nada aporta en lo cualitativo que pudiera repercutir en su mayor o menor gravedad, sino que atañe a una mera circunstancia, como es la claridad y evidencia con que la infracción ha trascendido al exterior. Siendo así, cabe preguntarse si es acertado que la nulidad de un laudo arbitral contrario al orden público, pero que no sea manifiesto, no pueda ser anulado. La oposición al orden público constituye una causa de nulidad de superior entidad que no ha de supeditarse a un accidente, como es la claridad o evidencia con que se manifieste, dando primacía a un factor secundario sobre el principal, sin que, por otra parte, pueda justificarse el “incrementar la fuerza jurídica” (Memoria) de laudos lastrados con ese vicio de nulidad radical. Por otra parte, si a las dificultades de concreción derivadas de la misma noción de “orden público” como concepto jurídico indeterminado, se añade la relatividad de lo que en cada caso sea “manifiesto”, podrá resentirse la seguridad jurídica. En cuanto al encaje de esta modificación con otros textos sobre la misma materia, las dificultades no desaparecen. En primer lugar, la Ley Modelo de 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ..., que constituye el principal criterio inspirador de la LA (cf. Em I), prevé como causa de nulidad del laudo arbitral, apreciable de oficio por el tribunal con funciones supervisoras del arbitraje, que el laudo sea contrario al orden público del Estado (art. 34.b.ii); y como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución (exequátur), que el tribunal compruebe “que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado” (art. 36 1.b.ii). Y en segundo término, si bien circunscrito al arbitraje internacional, para el Convenio de Nueva York ...es causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución compruebe “[q]ue el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país” (art. V.2^o.b). Sin perjuicio de la propia fuerza normativa de este Convenio, es el que rige el exequátur de laudos extranjeros por expresa disposición del art. 46.2^o LA. La reforma que se proyecta puede producir el efecto de conceder un diferente tratamiento a la cláusula de orden público según el arbitraje sea interno o internacional, lo que, además de no parecer razonable, contradice el espíritu de la LA que ‘opta claramente por una regulación unitaria de ambos’ arbitrajes (Em II LA)...”.

incongruencia omisiva, distinta a la *ultra petita*– es denunciable por aplicación los arts. 41.1º.b) y d) LA⁶⁵. Existe, en nuestra opinión, el riesgo cierto de que la inclusión del art. 39.1º.d) LA pueda dejar sin efecto práctico estas legítimas causas de anulación del laudo, que no han sido derogadas con la Reforma

4. Legislaciones afectadas

54. Además de las modificaciones operadas en la LOPJ –analizadas anteriormente, dentro de cada uno de los aspectos afectados– y aunque la reforma afecta a seis leyes ordinarias, las tres Disposiciones Finales de la Ley 11/2011 sólo modifican el art. 955 LEC/1881, el art. 722 LEC y los arts. 8.4º y 52.1º LC

55. El art. 955 LEC/1881 contempla el reconocimiento de laudos y de acuerdos de mediación extranjeros, excluidos de la aplicación del régimen del Convenio de Nueva York porque una de las partes pertenezca a uno de los escasos países que todavía no se hayan adherido.

La reforma es mejorable, ya que, además de limitar la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia al reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras (dejando indeterminado –salvo tratado o disposición de la Unión Europea– el órgano competente para la ejecución de las resoluciones extranjeras ya homologadas), complica innecesariamente la determinación de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil en relación con laudos extranjeros (*cf.* art. 8.6º, último párrafo LA). Esta modificación revela la necesidad de aprobar una Ley de cooperación jurídica en materia civil y mercantil, eternamente pendiente.

56. El art. 722 LEC resulta modificado, ampliando la consideración de parte legitimada para solicitar medidas cautelares en apoyo de

⁶⁵ *Cf.*, como doctrina más reciente, I. Ordeñana Gezuraga, “La incongruencia *extra petita* en cuanto causa de anulación del laudo arbitral (SAP Barcelona nº 355/2009, de 29 de octubre de 2009”, en 2011 (1) *Arbitraje*, pp. 189–198, esp. pp.195 y 196. El FJ 2º SAP Barcelona 15ª 8 de noviembre de 2006 –una de las escasas resoluciones judiciales de nuestro acervo jurisprudencial que analiza esta concreta cuestión– es taxativo al disponer que “...debe admitirse...que esta decisión contraría el orden público, al negarse a la parte actora una decisión fundada en Derecho sobre todos los extremos sujetos a la consideración del Tribunal Arbitral, lo que le lleva a incurrir en incongruencia omisiva, procediendo en consecuencia la anulación del laudo...”. De igual forma se pronuncia la SAP Madrid 8ª 20 de septiembre de 2010, al entender –analizadas las circunstancias del asunto– que “...en tales circunstancias la tutela jurídica solicitada por el demandante queda desvirtuada al resultar insuficiente el contenido del laudo...”.

arbitrajes al compareciente que acredite ser parte de un acuerdo arbitral previo y actualizando la referencia contenida al art. 15 LA.

57. Tras la reforma, el art. 8.4º LC permite la adopción por los árbitros de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, sin perjuicio del juez del concurso para acordar la suspensión de las mismas o solicitar su levantamiento en aquellos supuestos que puedan perjudicar la tramitación del concurso.

Asimismo y gracias a la reforma, el art. 52.1º dispone que “...la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales...”. Solventa así adecuadamente la polémica existente sobre la relación entre arbitraje y concurso⁶⁶.

IV. Conclusión

58. La reforma puede cuestionar la verdadera fiabilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias; pese a proclamarse continuamente su eficacia, parece necesitar de reformas parciales casi continuadas para asegurar su funcionamiento. La superación de esta potencial reticencia de los usuarios principales de la institución arbitral –las partes contratantes– debe acometerse desde una divulgación adecuada de los motivos que subyacen en las modificaciones acometidas; especialmente, en la segunda de ellas, que aquí hemos denominado la reforma.

59. Con el desarrollo de este artículo hemos pretendido sistematizar y contextualizar sus efectos, con la finalidad de demostrar que la reforma –aunque parcial y de alcance limitado en sus efectos– era necesaria para mitigar las previsibles consecuencias de algunos de los desajustes ya revelados por la práctica; desajustes que, con carácter pionero, el Legislador ha detectado y corregido puntualmente, con la finalidad de dotar la institución arbitral de la indispensable seguridad jurídica que precisa tanto para su desarrollo forense, como para su completa aceptación por aquellas partes que –en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad– acuerden someter la resolución de sus

⁶⁶ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2008.

diferencias contractuales a la opinión vinculante de un tercero dirimente elegido por ellas, bien directamente o sometiéndose a las disposiciones de una institución arbitral. Para tal fin, las partes deben disponer de un procedimiento eficiente y eficaz, dotado de todas las garantías legalmente exigidas para desarrollar su función.

RESUMEN: En este artículo el autor sistematiza y contextualiza los efectos de la reforma de la LA/2011 operada en 2011, con la finalidad de demostrar que ésta –aunque parcial y de alcance limitado en sus efectos– era necesaria para mitigar las previsibles consecuencias de algunos de los desajustes ya revelados por la práctica; desajustes que, con carácter pionero, el Legislador ha detectado y corregido puntualmente, con la finalidad de dotar la institución arbitral de la indispensable seguridad jurídica que precisa tanto para su desarrollo forense, como para su completa aceptación por aquellas partes que –en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad– acuerden someter la resolución de sus diferencias contractuales a la opinión vinculante de un tercero dirimente elegido por ellas, bien directamente o sometiéndose a las disposiciones de una institución arbitral. Para tal fin, las partes deben disponer de un procedimiento eficiente y eficaz, dotado de todas las garantías legalmente exigidas para desarrollar su función.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – ARBITRAJE INTERNO E INTERNACIONAL – ESPAÑA – LEY ARBITRAJE – REFORMA DE 2011.

ABSTRACT: *In this contribution, the author, through a systematic and contextualised analysis, shows the scope and effects of the recent and partial amendment of the Arbitration Act, with a view to provide the arbitration users with a rationale for a contextualized approach to this revision. This amendment seeks to correct any problems already detected by practitioners on the existing regulation. The legislator has promptly rectified their contents, with the twofold aim of promoting greater legal certainty of arbitration within our legal system and consolidating, by providing an efficient and effective process, its acceptance by customers.*

KEYWORD: ARBITRATION – DOMESTIC AND INTERNATIONAL ARBITRATION – SPAIN – ARBITRATION ACT – PARTIAL AMENDMENT OF 2011.