

**EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.
ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y DE SUS
ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN PREVIA
A LA REFORMA DE 2011**

**ALFONSO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS
ROSARIO PARRA Y PARRA**

Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas. Es abogado, catedrático, investigador y conferencista. Es doctor en Derecho Mercantil (1996), licenciado en Derecho (1989) y diplomado por la Escuela de Práctica Jurídica (1990), todos ellos por la Universidad Complutense de Madrid. Es socio de Martínez-Echevarría, Pérez y Ferrero, Abogados. Es catedrático de Derecho Mercantil, director de la Cátedra de Derecho de los Mercados Financieros, así como coordinador del Curso Superior de Gestión Aeronáutica y Aeroportuaria, todos ellos en la Universidad CEU San Pablo, además fue vicerrector de Relaciones Internacionales (2009-2011) en esta misma universidad. Es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, profesor honorario de la Universidad de Guadalajara (México), miembro del Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas (Guadalajara, México), investigador de la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra, investigador principal del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo e investigador del Instituto de Estudios Bursátiles de la Universidad Complutense de Madrid; fue director del Centro de The Gertrude Ryan Foundation Law Observatory de la Universidad CEU San Pablo (2008-2010). Es autor de varias monografías, entre las que cabe citar: *El arbitraje institucional*; *El aumento del capital de la sociedad cotizada*; *La naturaleza jurídica de los «valores anotados en cuenta»: el desarrollo de la doctrina de los Wertrechte en el derecho español y Valores mobiliarios anotados en cuenta. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Ha realizado estancias de investigación pre y postdoctorales en universidades de América y Europa. Ha participado en nueve proyectos de investigación, en cuatro de ellos como investigador principal.

Rosario Parra y Parra. Es licenciada en Derecho por la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Tiene una amplia formación en el derecho: es especialista universitario en Derecho Comunitario y en Contratación Mercantil; en Estudios Jurídicos y Económicos de la Unión Europea, y en Derecho Bancario y Bursátil por el Centro de Estudios e Investigación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; obtuvo el Diplôme d'Études Supérieures (DESUP, Derecho y Economía de la Unión Europea); cuenta con el título de Experto en Práctica Arbitral por el Instituto de Empresa, Madrid, y Curso de Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad CEU San Pablo de Madrid y el Chartered Institute of Arbitrators (CIARB) de Londres; cuenta con maestrías en Mediación Civil y Mercantil por Thomson Reuters-Aranzadi-Madrid y en Mediación Laboral, Civil y Mercantil por la Universidad de Alcalá de Henares de Madrid. Es investigadora de la cátedra de Derecho de los Mercados Financieros, Universidad CEU San Pablo de Madrid. Cuenta con ponencias académicas y profesionales, publicaciones jurídicas en el ámbito nacional e internacional en las materias: ADR-negociación, mediación y arbitraje; arbitraje internacional y contratación internacional. Es socia directora del despacho Parra & Parra, Abogados, en España, y dirige la división de su expansión internacional. Es abogada *senior* especialista en la práctica profesional del Derecho Privado Civil y Mercantil. Es *counsel* arbitral, y mediadora civil y mercantil colegiada registrada en España y del Chartered Institute of Arbitrators (CIARB) de Londres.

RESUMEN

En la primera parte de este trabajo, en sus tres primeros epígrafes, se analizan de forma somera y con carácter introductorio el concepto y rasgos esenciales de la institución del arbitraje, se establecen las diferencias con sus figuras afines más comunes en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos y se comentan las discusiones que existieron en la doctrina española en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. Esas discusiones están hoy superadas por la teoría ecléctica o sincrética del arbitraje, pero es de vital importancia siquiera reseñarlas, dada su influencia en las sucesivas posturas mantenidas por el legislador, que han tenido reflejo en los textos legales vigentes en cada una de las etapas reguladoras del arbitraje en España. Para cerrar la parte introductoria de este estudio, en el epígrafe tres, realizamos una breve referencia a los sistemas monistas y dualistas, de gran utilidad para comprender la tradicional duplicidad de fuentes aplicables a la institución en el ordenamiento español y en el de otros países, así como las valoraciones doctrinales que siguieron a cada una de las etapas regulatorias del arbitraje en España, con especial atención a su vertiente internacional, que es el interés principal de este estudio.

La segunda parte del trabajo se ocupa del análisis de la regulación del arbitraje comercial en el ordenamiento español y de sus antecedentes y su evolución hasta nuestros días. Se realiza una breve referencia histórica al arbitraje en el derecho romano y en el derecho común. De la etapa preconstitucional estudiamos la regulación contenida en la primera ley española centrada en esta institución, la Ley de Arbitrajes Privados de 1953, de riguroso carácter interno y privatista y, dado el contexto de autarquía existente en esa etapa española, fuertemente contraria al arbitraje internacional. Con relación a la etapa posterior a la Constitución española (CE) de 1978, analizamos el cambio de paradigma y la apertura de España al arbitraje internacional a través de su jurisprudencia, lo que da pie a una tercera etapa y a la existencia de un arbitraje netamente internacional, diferenciado del

interno o doméstico), en el contexto de la Ley de Arbitraje de 1988, que configura a España como ordenamiento jurídico dualista y que retrasa, hasta la denominada cuarta etapa, el reconocimiento definitivo del arbitraje internacional en el país a través de un sistema monista de fuentes, instaurado por la Ley de Arbitraje de 2003, en clara sintonía con la tendencia armonizadora de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en cuyo análisis nos centramos en el epígrafe 4.5, en el que se estudia la actual configuración y regulación del arbitraje comercial internacional en España. Finalmente analizamos una quinta etapa que hemos calificado como la tímida reforma de la Ley de Arbitraje de 2003, ejercida por la Ley 11/2011.

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES DE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE Y SU DIFERENCIACIÓN CON FIGURAS APINES MÁS COMUNES EN LA TÉCNICA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

1.1. Concepto

Bajo la denominación ADR (del inglés, *Alternative Dispute Resolutions* o resolución alternativa de conflictos) se agrupan una serie de instrumentos, técnicas o medios que sirven para resolver disputas que surgen en las relaciones sociales con relevancia jurídica que no implican el recurso a los jueces y tribunales de justicia, aunque no están completamente desligadas de aquellos, en la medida en que estos ofrecen medidas en clara colaboración con las instituciones que estudiamos, y sirven las técnicas de ADR como instrumento al servicio del órgano judicial,¹ habiendo quedado superadas las definiciones² que señalaban a los órganos judiciales como revisores de las decisiones emanadas de la aplicación de estas técnicas. Todas ellas tienen su origen en el derecho anglosajón y, en concreto, se alude por la doctrina a una corriente filosófica que se denomina *Critical Legal Studies*, que surgió en la Universidad de Harvard, y se basa en el realismo jurídico enfrentado con el normativismo.

Como afirma Barona Vilar,³ la asunción del acrónimo ADR es resultado, uno más, de la globalización, como fenómeno de la realidad socioeconómica de la segunda mitad del siglo XX, que se moviliza hacia la búsqueda de fórmulas, medios, técnicas que consigan efectivizar la justicia; la consabida necesidad de desconflictivizar la sociedad⁴ encuentra en las técnicas de ADR las herramientas perfectas a dicho fin.

Siguiendo a la misma autora,⁵ una vez acuñado dicho acrónimo por los países de *Common Law*, y seguido por el resto, se tiende a superar el adjetivo *alternative*, o alternativo, por el más exacto y conforme a la realidad social de la

1 La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé incluso la posibilidad de solucionar los conflictos por vía de la transacción homologada por los tribunales, siempre que el acuerdo que se propone lo sea entre partes con capacidad jurídica para ello y poder de disposición sobre la materia. Tales acuerdos, una vez homologados por el juez o tribunal, se pueden llevar a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Cfr. 19.2 y 415 LEC 1/2000 de 7 de enero.

2 GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS (Coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*, 1ª ed., Madrid, 2008: 75-112, 115-130, 133-189, 193-222, 225-282, 287-320, 323-371, 433-497 *passim*.

3 BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 21 de diciembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

4 MIERCIÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, 1981: 37-38, 45-49 (funciones), 67-77 (árbitros).

5 BARONA VILAR, SELVIA (Dir.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Thomson Civitas, 1a. ed., Ed. Aranzadi, Madrid: 29, 48-57.

globalización: *Adequate Dispute Resolutions*, o lo que es lo mismo, una tendencia a superar el que se trate de soluciones alternativas a los tribunales, sino que, integradas en los mismos, se prefiere ya el adjetivo reseñado de *adecuadas*. Se trata de la proyección al resto de los países, desde los sistemas anglosajones, de aquella búsqueda de medios que permitan tutelar al individuo en sus conflictos y ofrezcan respuestas más adecuadas, ágiles, económicas, menos formales y, añadiríamos, más especializadas y, a la postre, más satisfactorias, en fin, que el acudir como única vía de solución a los procesos judiciales.

Se habla de que se consigue, mediante estas técnicas de origen convencional, incluso mejorar en su conjunto el sistema judicial al incardinar estos métodos autocompositivos y heterocompositivos una descongestión judicial, entre otras muchas ventajas que pudiéramos reseñar. Fruto de ello, sin duda, es que resurge el arbitraje,⁶ por otra parte, institución más antigua que el proceso, como tendremos ocasión de ver, frente a una justicia estática que se anquilosa bajo una normativa codificada y bajo un sistema judicial permanente. Frente a esa antigua y superada concepción del Poder Judicial se alza la libertad individual del ciudadano que no acude a los tribunales y opta por cauces de tutela diversos.

En un primer intento de conceptualización, a modo de síntesis abstracta, simplista, y sin afán de entrar en su debido detalle ni tratando la evolución histórica legal de su definición, siguiendo a autores como Merchán y Medina,⁷ se puede definir el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada,⁸ existente entre ellas, sea resuelta conforme a un procedimiento legalmente establecido⁹ por tercero o terceros a los que se designa voluntariamente y a cuya decisión¹⁰ expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a derecho, ya conforme a equidad.

A modo de introducción, y a falta de una definición legal, al tiempo de la tercera edición de la obra de dichos autores,¹¹ la definen como aquella institución jurídica por la que dos o más personas encomiendan a un tercero —árbitro— la solución de todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir

6 GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 52-54.

7 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed.: 87-91 *passim*.

8 BONACHERA VILLEGA, R., *Los arbitrajes especiales*, 2010: 21-25.

9 FREDERIC MUNGÉ, C., *La administración del arbitraje, instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, 2002: 17-20 *passim*.

10 MOLINA CABALLERO, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, 2002: 29-34 *passim*.

11 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., 2006: 213-220 (derecho interno), 872-881 (derecho internacional).

respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, excluyendo que los tribunales conozcan de las mismas.¹²

Ya nuestra derogada ley de 1988¹³ la definía en su artículo 1 como: «Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho».¹⁴

Remarcar que la ley de 2003, aún en su reforma operada en 2011,¹⁵ no incluye una definición, quizá por entender que dicha institución es ya, a dichas alturas, suficientemente conocida por los operadores del tráfico jurídico, evitando caer en tentativas simplistas. Todo ello unido a la idea expresada en su exposición de motivos que dicha ley tiene por objetivo hacer de nuestro país un foro internacionalmente reconocido como atrayente de arbitrajes internacionales, lo que chocaría con la introducción, a estas alturas, de qué es el arbitraje, a modo de darlo por completamente aceptado y superado.

La noción de arbitraje comercial internacional se acuña en la convención europea de Ginebra de 21 de abril de 1961 y por la ley tipo adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el 21 de junio de 1985 y son, ambas, las antecesoras de los instrumentos más importantes en la materia.

Siguiendo a Fouchard, Gaillard y Goldman,¹⁶ y sin entrar a diseccionar la concreta definición, ya por otra parte superada en el ámbito del derecho mercantil, de los adjetivos superpuestos en el objeto de nuestra definición, a saber, comercial e internacional, se puede definir como aquella institución por la que las partes acuerdan comúnmente someter sus diferencias al dictado de otros particulares que ellos mismos eligen para dicho fin.

Conviene resaltar la definición dada por René David,¹⁷ por la que se enfatiza la propia misión de los árbitros como elemento fundamental de la institución, y que reza como: «El arbitraje es una técnica tendente a dar solución de una controversia acogiendo los puntos de vista diversos de dos o más partes en conflicto, por una o varias personas —el árbitro o los árbitros— quienes reciben

12 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., 2006: 213-220, 872-881 *passim*.

13 REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, 1991: 65-72 *passim*.

14 CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 25-28 *passim*.

15 Ni en el Nuevo Decreto de Reforma francés de 2011 ni en su regulación anterior.

16 FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, éditions Litec, París, 1996: 11 y ss. Nota: Traducción de los autores.

17 DAVID, RENÉ, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982: 9.

su poder de un convenio privado estatuido sobre la base de dicho convenio sin estar investidos de poder por el Estado”.

A dicha definición es menester añadir la noción dada por Charles Jarrosson,¹⁸ como aquella por la que el arbitraje es una institución por la que un tercero regula las diferencias que oponen dos o más partes y ejerce una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por las mismas partes que al arbitraje se someten.

1.2. Elementos esenciales de la institución

El arbitraje es una vieja institución y es institución porque en ella confluyen un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva: la solución de un conflicto. Así pues, la causa del arbitraje se halla en la existencia de una controversia, que puede ser tanto actual como futura, tal y como recoge el artículo 9.1 de nuestra Ley de Arbitraje (LA);¹⁹ el fundamento del arbitraje se encuentra en el acuerdo de voluntades de las partes contratantes y esa es, además, la razón por la que dicho artículo se rubrica «De la forma y contenido del convenio arbitral». Son los contratantes quienes libremente, en el convenio arbitral,²⁰ han de optar por el arbitraje

18 JARROSSON, C. y OPPETIT, B., «La notion d'arbitrage», en *Librairie generale de droit et de jurisprudence*, R. Pichon et R. Durand, Auzias, 1987. Nota: Traducción libre de los autores.

19 Cfr. con el art. 1 de la Ley de Arbitraje de 1988: «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

20 Para ampliar conocimientos sobre el convenio arbitral/contrato arbitral: véase MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed: 111-126 (contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria), 127-172 (sobre el contrato de compromiso; concepto, requisitos, efectos jurídicos, ineficacia), 309-367 (arbitraje internacional); y en 2ª ed.: 191, 141-147 (contrato previo de arbitraje), 150-276 (arbitraje interno), 589-720 (derecho internacional); CASTRO, L.M.V. DE, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 1ª ed., 1984: 33-51, 61-101, 108-142, 159-171, 199-216; RAMOS, F., *Arbitraje y proceso internacional*, 1987: 79-94; SÁNCHEZ BARRIOS, MARÍA INMACULADA, «Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria en el arbitraje civil», en *Estudios de derecho de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 194-197, 268-274; LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, 1989: 56-64; ÁLVAREZ, A.M., *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, 1981: 151-169; OLIVER, G.B., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, 1990: 177-200, 211-224; SABATE, L.M., *Jurisprudencia arbitral comentada*. STS 1981-1991, 1992: 19-187; OGAYAR y AYLLÓN, T., *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, 1977: 38-40, 117-154, 155-192; PERA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, 1991: 91-93; REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de*

frente a la solución jurisdiccional del conflicto; por ende, sin convenio arbitral no puede existir el arbitraje.²¹

Pero lo que caracteriza al arbitraje²² frente a otros sistemas de solución extrajudicial de conflictos —en los que también confluye el acuerdo de voluntades— es que la controversia se resuelve por un tercero imparcial²³ que dirime el conflicto mediante una decisión denominada laudo.

El arbitraje, además de ser una forma heterocompositiva de resolución de conflictos jurídicos, constituye una alternativa a la jurisdicción y un equivalente jurisdiccional.²⁴

Por ello, una vez que las partes aceptan voluntariamente el convenio arbitral, el arbitraje desplaza, con todas sus consecuencias, al proceso judicial mediante la institución de la declinatoria, y el laudo tiene los mismos efectos que la sentencia firme, esto es, efecto de cosa juzgada (arts. 7 y 43 LA).²⁵ Por otra parte, el laudo condenatorio constituye un título ejecutivo, que permite instar la ejecución forzosa ante los órganos jurisdiccionales civiles en defecto de cumplimiento voluntario por parte del obligado (art. 517.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC).²⁶

Sin embargo, queda claro que si el arbitraje quiere ser considerado como tal, al menos ha de reunir las notas anteriores, ya se trate de un arbitraje interno,

nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988), 1991: 19-28, 73-172, 183-189, 207-221; LORCA NAVARRETE, A.M. y SILUELO ESTAGNAN, J., *Derecho de arbitraje español*, 1994: 71-127; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral, el proceso arbitral y su impugnación*, 1996: 136-185; AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, 2001; MOLINA CABALLERO, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, 2002: 115-135; GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Estudios sobre el arbitraje, los temas clave*, 2008: 25-37, 45-71; BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. DE, *El convenio arbitral, su eficacia obligatoria*. 2010: 37-78, 81-124, 145-163, 167-234.

21 De ahí la tesis contractualista que abordaremos en el siguiente apartado. Para ampliar conocimientos sobre este tema: DIEZ PICAZO GIMÉNEZ (CON DE LA OLIVA SANTOS Y VEGAS TORRES), *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2005: 609; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de derecho privado (Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, Navarra, 2005: 32.

22 CARNELUTTI, F., *Instituciones de derecho procesal*, traducido por Banca, Buenos Aires, 1959: 116.

23 Llámanse a dicho tercero, árbitro, y añadiríamos también, o terceros, esto es, un tribunal arbitral.

24 Cfr. STC (Sala P) de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993, 288) y el ATC (Sala 1ª, Sección 2) de 28 de octubre de 1993 (RTC 1993, 326). Nota: STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); RTC (Resolución del Tribunal Constitucional) y ATC (Auto del Tribunal Constitucional).

25 STC (Sala P) de 4 de octubre (RTC 1993, 288), que extiende a los laudos el principio de irrevocabilidad de las resoluciones judiciales.

26 Cfr. 517.1.2 LEC: «Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles».

internacional, extranjero, ordinario o especial, de tal modo que la omisión de cualquiera de ellas supone la desnaturalización del arbitraje.²⁷

1.3. Diferenciación con figuras afines más comunes en la técnica de resolución alternativa de conflictos²⁸

Enumeradas las notas esenciales del arbitraje, interesa fijar nuestra atención en las notas características de instituciones análogas al mismo: la mediación o la conciliación.²⁹

En cuanto a la distinción del arbitraje respecto de la mediación, ésta radica fundamentalmente en la labor que realiza el tercero, diríamos, dirimente. El mediador, a diferencia de un simple intermediario, intenta poner de acuerdo a las partes contratantes proponiéndoles una solución al conflicto que no tiene carácter vinculante. El mediador no impone a las partes la solución del conflicto como ocurre en el ar-

27 GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS (Coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*, 1ª ed., Madrid, 2008: 75-112, 115-130, 133-189, 193-222, 225-282, 287-320, 323-371, 433-497 passim; y MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed.: 87-91 passim.

28 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed.: 91-104.

29 *Ibid.*: 87-91 passim. Dicen dichos autores que singularmente controvertida y tradicional es la distinción entre el arbitraje y el arbitrio de un tercero y, por ello, la doctrina ha puesto siempre gran empeño en su diferenciación. Tanto es así que nuestro legislador se vio en la tesitura de plasmar la distinción en un mismo cuerpo legal. En este sentido, la derogada Ley sobre Régimen Jurídico de los Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, establecía: «No se considera arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente» (art. 3). Sobre esta base jurídica, la jurisprudencia entendió que la figura del arbitrador se utilizaba para completar una actividad del *iter* negocial, de modo que sólo actuaba para integrar una relación jurídica indeterminada o no definida totalmente, o para realizar una labor de peritaje, mientras que el árbitro siempre actuaba ante un conflicto emitiendo un *iudicium in litigio*. También se han distinguido estas dos figuras en razón de su diferente implantación temporal, esto es, en función de que la intervención del tercero se produzca en el momento del nacimiento del conflicto o de la relación jurídica inter partes. Así pues, se consideraba arbitrador al tercero que interviene en el momento de la ejecución del contrato o, en general, del nacimiento de la relación jurídica, y árbitro al que interviene en el momento del nacimiento del conflicto. Hemos de señalar que estas distinciones hoy han quedado superadas, una vez se sustituye a los antecedentes legislativos de la institución arbitral que en la etapa codificadora hacían que en nuestro sistema existiera una duplicidad de regulación de la institución, tanto por la LEC de 1881 como por el CC, como tendremos ocasión de ver. También se ha interpretado el término de arbitrados, como en el arbitraje de derecho, y el amigable componedor, para el arbitraje de equidad.

bitraje; tanto es así, que en el arbitraje, si no se cumplen voluntariamente los términos del laudo de condena puede instarse un proceso de ejecución forzosa. Por otra parte, la gran diferencia que existe entre el arbitraje y la mediación consiste en que mientras el primero desplaza con todas sus consecuencias al proceso judicial, la segunda no.³⁰ No existe en la mediación un efecto siquiera parecido a la declinatoria procesal jurisdiccional para el arbitraje.

En último término, nos resta distinguir el arbitraje de la conciliación,³¹ a esta se le puede definir como el medio procesal de evitación de conflictos, análogo a la mediación, mediante la cual las partes pueden llegar a un acuerdo con la intervención de un tercero, el conciliador. El conciliador se diferencia del mediador en que, más que proponer soluciones, lo que hace es, previo examen de los hechos, y en el marco de un proceso jurisdiccional, la mayoría de las veces, como en España, aproximar las posiciones de los interesados para conseguir que estos lleguen a un acuerdo.³² Y se diferencia del arbitraje en que el conciliador no impone la resolución del conflicto a las partes, sin perjuicio de que el auto judicial que homologa o aprueba el acuerdo pueda constituir un título ejecutivo.³³ Por otra parte, aunque el acuerdo obtenido en conciliación³⁴ pueda ser aprobado u homologado por un órgano jurisdiccional, va a surtir los efectos de la transacción judicial y, por ello, podrá ser impugnado por las causas y en la forma prevista para la transacción judicial,³⁵ en tanto que el laudo firme produce la eficacia de cosa juzgada.³⁶

30 El pasado 7 de marzo de 2012 entró en vigor el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, mediante el cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, creándose un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España en asuntos civiles y mercantiles (se excluyen, por tanto, los asuntos no disponibles por la voluntad de las partes y los pertenecientes al ámbito penal, de las Administraciones Públicas, laboral y de consumo), con el objetivo de impulsar esta vía de resolución de conflictos como alternativa a la jurisdicción y el arbitraje.

31 Regulada, en el ámbito civil, en los artículos 460 a 480 de la LEC de 1881, aún en vigor para ciertas instituciones de jurisdicción voluntaria, a la espera de la anunciada promulgación de una ley tan necesaria como la de jurisdicción voluntaria, y con carácter potestativo, si bien el ámbito jurisdiccional laboral, como se impone como obligatoria y previa a la vía contenciosa.

32 En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., «Alternativas al proceso jurisdiccional», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 42, 1988: 1919.

33 Cfr. art. 517.2, 3^o LEC.

34 Cfr. PERA BERNALDO DE QUIRÓS, C., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, 1991: 22.

35 Cfr. arts. 1816 a 1819 CC y 19 y ss. LEC 1/2000.

36 Es el llamado efecto positivo del laudo. En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., op. cit.: 1919, 1920.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE. DISCUSIONES DOCTRINALES SUPERADAS³⁷

La polémica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje fue, durante años, durísima dentro de la doctrina española, como también en la extranjera. Hoy es una cuestión que ya no levanta el apasionamiento que otrora.³⁸

La razón de este atemperamiento, siguiendo a autores como Medina, Merchán y Molina Caballero,³⁹ está en la evolución e impulso que el arbitraje ha tenido en los últimos 15 años,⁴⁰ un desarrollo que ha hecho que asuma, al menos en su dimensión doctrinal o teórica, un grado de suficiencia dogmática y una autonomía institucional y científica que apenas puede discutirse ya sobre el carácter contractualista⁴¹ o procesalista de la institución, ni sobre su vinculación a una rama o disciplina predeterminada.

Entendemos que la notable acogida de la misma por los países a la vanguardia de las relaciones comerciales internacionales deja esta discusión, muy teórica y nada pragmática, fuera de la órbita del núcleo doctrinal, y ello, quizá, porque son otras muchas las cuestiones de discusión y aplicación práctica que se presentan en el día a día a los prácticos del arbitraje. No obstante, hemos de advertir que la discusión, desde antaño, sobre la naturaleza jurídica de esta institución y, a la postre, la configuración de la importancia de sus elementos integrantes, justamente ha propiciado, se podría decir, el notable avance jurídico de dicha figura y la profundización en la materia. Toda dicha polémica ha teñido los propios textos legislativos españoles que, en función de a qué tesis daban prevalencia, se inclinaban por acoger la institución y, por ende, el articulado de los textos, desde un punto de vista contractualista o bien jurisdiccionalista o procesalista. No cabían medias tintas, y eso se deja sentir en las leyes de 1953 y 1988, pero aún quedan rescollos de lo que parece ya como una polémica doctrinal pasada.⁴²

En su sede, a la postre, reside gran parte del razonamiento que está en la base de la evolución legislativa del arbitraje, y en particular, del internacional,⁴³ en

37 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed.: 87-91, y 3ª ed.: 222 y ss.

38 ÁLVAREZ, A.M., *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, 1981: 38-41.

39 MOLINA CABALLERO, M. JESÚS, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, 2002: 40-62 *passim*.

40 Se refiere al tiempo de la promulgación de la ley de 2003, en el lapso entre la anterior de 1988 y esta última, si bien hemos de hacer nuestra la alegación de que, al día de hoy, la evolución ha de sopesarse en estos casi 25 años al tiempo de redactar el presente.

41 Cfr. CASTRO, L.M.V. DE, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 1ª ed., 1984: 19-25.

42 Cfr. MOLINA CABALLERO, M. JESÚS, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, 2002: 40-62 *passim*.

43 Cfr. CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 28-34.

España, por lo que abordaremos la cuestión de la naturaleza del arbitraje,⁴⁴ para decir que el arbitraje se resiste hoy a quedar encasillado dentro de las doctrinas clásicas y, por ello, postulamos por su autonomía institucional y científica, esto es, el arbitraje no es ni un contrato ni un proceso y a la vez, lo es todo: es la postura ecléctica o sincrética.

Y es necesario abordar y dejar, al menos esbozada, la pugna científica sobre la naturaleza jurídica de la institución de arbitraje porque, a la postre, nos ayudará a comprender las influencias y, en fin, la política legislativa que subyace a la promulgación de los textos y, en suma, al ordenamiento jurídico arbitral español desde sus orígenes.

Siguiendo a estos mismos autores,⁴⁵ nuestro derecho, y en general el de todos los países que siguen el derecho romano, encuentra prejuizadas sus instituciones con esa distinción arbitraria que secciona en dos regiones el mundo jurídico, la eterna división tradicional y más polémica de toda la ciencia jurídica que divide el derecho objetivo en público y privado, cuando no, dentro del primero, en la escisión o no, en derecho civil y mercantil que, como tendremos ocasión de al menos esbozar posteriormente, no es una cuestión baladí, sobre todo cuando se trataba de definir el arbitraje en su vertiente comercial e internacional.⁴⁶

Defendida la institución desde antiguo por algunos teóricos, Radbruch,⁴⁷ y criticada por todos, De Castro,⁴⁸ por haber roto la antigua unidad del derecho y de su contenido, y a quien se le atribuye la frase de que con el arbitraje nos enfrentábamos a la «fuga del derecho», a la postre, la progresiva publicitación del derecho privado, por una parte, y la utilización de las técnicas privatistas por los sujetos de derecho público, por otra, hacen decaer la esta neta distinción, sobre todo cuando nos enfrentamos al arbitraje en su perspectiva internacional.⁴⁹

44 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 54-56 *passim*.

45 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 108-123 (derecho interno).

46 Por cuanto ya en los inicios de la conceptualización del arbitraje como doméstico, en contraposición con internacional, o incluso extranjero, criterios objetivos como el atribuido en una etapa incipiente de su estudio en los años setenta, que definían el mismo con base a los denominados «actos del comercio internacional», emergió la discusión sobre qué entendíamos como acto de comercio, y si ello suponía que quedaban fuera de esta institución las materias de derecho civil puro.

47 RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, Ed. Española, FCE, 1933: 163, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 220.

48 Véase CASTRO, DE, *Derecho civil español*, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 220.

49 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 221.

A entender de los citados autores,⁵⁰ en el planteamiento de la naturaleza jurídica, en esencia, lo que se discutía es si pertenecía esta institución a las concepciones normativas públicas o, por el contrario, a las privadas. Quien mantuviera posiciones teórico-públicas acerca del arbitraje sostenía que el arbitraje es una institución pública al servicio de intereses privados, cuyos árbitros ejercen temporalmente funciones soberanas. Es, en definitiva, la postura jurisdiccional ante el arbitraje privado, que pone el acento en la preponderancia del elemento funcional o función de los árbitros análoga a la jurisdiccional de los jueces y tribunales. Pero si lo que se defendía era la teoría privatista, se afirmaba⁵¹ que estábamos ante un verdadero contrato. En el fondo está latiendo otra anómala clasificación del derecho, entre derecho sustantivo y derecho procesal que, junto a la escisión entre derecho público y derecho privado, complicaban más aún la cuestión.

Así, podemos clasificar las diversas posiciones doctrinales⁵² que se han seguido en tres sectores bien definidos y que, como analizaremos, se hallan, en la práctica, superados:

- a. Como institución de derecho material, para la que se entiende que la jurisdicción es función exclusiva de la soberanía e *imperium*, que el laudo no es acto jurisdiccional ni declara derecho, y que el árbitro no es juez, sino que su poder es la consecuencia de un contrato, el convenio arbitral, como culmen de la autonomía de la voluntad ex artículo 1255⁵³ de nuestro Código Civil. Esta concepción, adelantaremos, impregna todo el texto de la primera ley unitaria de arbitraje en nuestro país, la Ley de Arbitrajes Privados de 1953, que más tarde analizaremos. Tampoco la Ley de Arbitraje de 1988 fue ajena al origen contractualista del arbitraje por mucho que se la quiera tildar de procesalista. Así, el artículo 9 hacía pivotar todo el arbitraje como un convenio y el artículo 5 establecía la necesidad que el convenio recogiese expresamente la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de sus conflictos a uno o varios árbitros; y en fin, se ampliaban considerablemente las posibilidades de autonomía de la voluntad, como acto generador del arbitraje, al recogerse el contrato de adhesión como origen del convenio (art. 5.2 LA de 1988), e incluso cualquier

50 MOLINA CABALLERO, M. JESÚS, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, 2002: 40-62, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed: 221.

51 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed: 220-237 (derecho interno).

52 Cfr. *ibid.*: 222-223.

53 Cfr. art. 1255 Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

medio de comunicación que dejara constancia elemental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.2 LA de 1988).

Algunos de estos rasgos se mantienen en la Ley 60/2003, pero otros se superan. Entre estos segundos se encuentra la eliminación que las partes expresamente manifiestan su voluntad de someterse a la solución del árbitro. La razón de esta justificada eliminación —expreso sometimiento a la decisión del árbitro— es consustancial al propio arbitraje y eso hace que su instauración, por la vía de definición legislativa, resulte superflua. En todo caso el artículo 11.1, inciso inicial, insiste en que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Pero también podemos hablar de consecuencias en la esfera del derecho procesal, porque el arbitraje tiene plenos efectos procesales, como ya se ha indicado con anterioridad y se desarrolla más adelante.

- b. Consideración del arbitraje como institución de derecho procesal, por lo que se atribuye al árbitro función jurisdiccional, equiparándolo al juez, igualando su cometido y equiparando el laudo a la resolución judicial o sentencia declarativa y previo *iter* de un proceso arbitral.
- c. Por último, la síntesis de esas concepciones, mayoritaria, sin duda, en nuestros días, es aquella que no considera como jurisdicción la actuación de los árbitros, sino que constituye ésta una jurisdicción convencional; es una teoría estricta o mixta que defiende una naturaleza privada-procesal del arbitraje, que se denomina sincrética. Esta es la configuración de la que se hace eco nuestro Alto Tribunal.⁵⁴

Tampoco la jurisprudencia española había sentado un criterio permanente y uniforme en sus inicios, por razones sociopolíticas que se analizarán. Algunas sentencias se orientaban hacia la naturaleza procesal de la institución, refiriéndose al compromiso como del poder jurisdiccional atribuido a los jueces privados⁵⁵ y en otros fallos, decididamente, se afincan en la naturaleza privada o contractualista.⁵⁶

54 Se denomina equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional —ATC 259/2003, STC 288/1993 y 174/1995—. Es por ello que, aun aproximándolo a la naturaleza jurisdiccional, expone que alguno de sus rasgos, como la libertad y autodeterminación del individuo, permiten configurarlo como una naturaleza ecléctica.

55 Son sentencias reconocedoras de la naturaleza procesal, entre otras, las de 10 de noviembre de 1915; 24 de junio de 1927; 3 de diciembre de 1930; 23 de marzo de 1945; 26 de febrero de 1946; 3 y 16 de marzo y 27 de abril de 1954; 27 de diciembre de 1956 (cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCIÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 221).

56 Las sentencias que decididamente sientan la naturaleza predominantemente privada son, entre

Entre las razones por las que se critica la corriente procesalista⁵⁷ podemos aducir que:

1. En el proceso interviene el Estado en una posición jerárquicamente superior a los restantes sujetos procesales: el juez no se halla al lado de las partes, sino, esencialmente, por encima de ellas e impone la decisión a los demás sujetos. Por el contrario, en el arbitraje se dice que se impregna de la idea de coordinación y, por ello, reside la ejecución del mismo ante el juez de Primera Instancia del lugar (arts. 52 y ss. de la ley de 1988 y 44 y ss. de la LA 2003).
2. El proceso es de naturaleza absoluta sin que la autonomía de la voluntad privada intervenga y aunque rija, para determinados supuestos procesales en el orden civil, o de derecho privado, el principio dispositivo. El arbitraje no es de naturaleza absoluta, sino de naturaleza dispositiva plena en todas sus fases. No pertenece al *ius cogens*, sino al *ius dispositivum*.
3. Lo determinante de la naturaleza absoluta del proceso frente al arbitraje es que el juez encarna al Estado, mientras que el árbitro no es «un juez», sino «el juez de las partes» y, en consecuencia, tiene mero carácter temporal y ocasional, y se le otorga *potestas* por el encargo de cada arbitraje en sí; fuera de él, carece de *potestas* frente a un juez cuyo *imperium* permanece en toda su vida profesional.
4. Solamente el proceso puede ser equivalente a jurisdiccionalidad, pues ambos conceptos son correlativos. Y, como ha dicho Guasp,⁵⁸ es el único concepto

otras, las de 29 de enero de 1912, 14 de octubre de 1917, 28 de marzo de 1930, 11 de abril de 1932, 28 de mayo de 1940 y 10 de diciembre de 1943 (cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCIÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 221).

57 Cfr. *ibid.*: 228.

58 Asigna Guasp al arbitraje un papel netamente sustantivo. «Hay que reconocer —dice— que el Derecho material no ha sabido darse cuenta exacta del papel que debía asignar al arbitraje dentro del cuadro de sus instituciones privativas. No ha sabido, en efecto, asegurar a la institución arbitral un encuadramiento satisfactorio en el total de los fenómenos que regula». La crítica que hace Guasp es de todo punto acertada, cuando dice que el Código Civil habla del compromiso dentro de los parajes destinados a los contratos, pero esa parca regulación, que se alude a uno de los elementos y no a todos los que integran el arbitraje, nada dice, en realidad, sobre la naturaleza jurídico-material del arbitraje, considerado como un todo. Preguntándose a continuación el ilustre profesor qué puesto ocupa el arbitraje en el derecho llamado sustantivo, en el derecho privado. Para determinarlo, Guasp hace una doble consideración: una consideración de función y otra de estructura. Atendiendo a la función, puesto que se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, la categoría del contrato es, desde luego, el término propio donde el arbitraje se puede asentar. Atendiendo a la estructura, el destacado procesalista nos dice lo siguiente: el procedimiento que encierra el arbitraje es la causa de que los civilistas manejen con dificultad la institución. En los tiempos en que procedimiento y proceso se confundían, que el

que permite trazar con cierta seguridad la línea divisoria entre ella, el Poder Judicial y las restantes funciones esenciales del Estado: legislación y administración.

La postura privatista o contractualista también tuvo sus críticas doctrinales; siguiendo a los mismos autores, Guasp,⁵⁹ estandarte de esta postura en nuestro país, ha mantenido en España el carácter privado del arbitraje. Consideran la institución como de derecho privado, justamente por la razón que acabamos de esgrimir, sobre el hecho de que el juez sólo vale jurídicamente cuando se le considera como lo que es, como emanación de la soberanía del Estado y, por tanto, que la fuerza de obligar que el juez imprime a sus decisiones no le viene dada de la voluntad de los sujetos que acuden a la jurisdicción, sino de la voluntad de los órganos públicos constitucionalmente creados a tal efecto. Dicho autor sostiene que cuando se dice que el árbitro es un juez, o que el arbitraje es un proceso, nos encontramos más bien en un terreno metafórico, más que taxativamente científico. Pero estrictamente hablando, el árbitro no es un juez ni el arbitraje es un fenómeno procesal.⁶⁰

Ogayar⁶¹ también ha defendido con énfasis, dentro de la doctrina española, la naturaleza privada y contractual del arbitraje.⁶² Sostiene que el proceso tiene por objeto la satisfacción por el Poder público de las pretensiones de un particular. La actuación del juez tiene eficacia jurídica como encarnación de la soberanía del Estado hasta el punto que la fuerza de sus decisiones radica en ser órgano del Poder público, con o contra la voluntad de las partes, y sus sentencias valen no por el procedimiento o aceptación de los litigantes, sino por la potestad de *imperio* que se le concede. En el arbitraje no ocurre así, pues si el laudo es obligatorio para las partes es porque ellas quisieran previamente que las obligara y es la propia norma procesal, el imperio judicial, quien dota de poder de acatamiento mediante la vía ejecutiva a una decisión material o privada

arbitraje fuera una institución que se desarrollara por medio de un procedimiento era una razón para adscribirle al mundo del proceso. Distinguiendo, como hoy se hace unánimemente, entre procedimiento y proceso, la estructura procedimental no es razón para asignarle al mundo del proceso. Sencillamente, se trata de un contrato con tracto procedimental (cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228).

59 GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956: 22.

60 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228.

61 OGAYAR Y ATLLÓN, T., *Recursos contra el laudo arbitral*: 157, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228.

62 OGAYAR Y ATLLÓN, T., *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, 1977: 68-76.

derivada de la autonomía de la voluntad estricta. No es, pues, el árbitro un juez ni el arbitraje un fenómeno procesal, afirma Ogayar.

Hacemos nuestra la defensa que hacen Guasp y Ogayar, pero no hemos de olvidar otros aspectos, como el hecho de que es cierto que el Estado concede a las partes la facultad de sustraer a la jurisdicción el conocimiento y resolución de determinados litigios disponibles, pero jamás, en cambio, se les permite renunciar a dotar de fuerza ejecutiva al arbitraje ni a su resultado, el laudo. Una fuerza especial ejecutiva que no se da en ningún otro contrato, por lo que el convenio arbitral y, en sí, el arbitraje, tiene peculiaridades propias importantísimas.⁶³

Por ello no podemos afirmar, sin más, que sólo mantenga esta institución una fuerza tan sólo contractual. Chioventa⁶⁴ nos decía que el compromiso implica la renuncia voluntaria al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial; y que en base a la distinción proceso-procedimiento estemos en presencia de un contrato con tracto procedimental.

En definitiva, no se puede encuadrar de manera absoluta ni en lo procesalista ni en lo radicalmente contractualista. Y ello, además, al ser una institución descompuesta, a su vez, en contratos/fases independientes pero enlazados, necesarios para conseguir su finalidad propia, esto es, la emisión de un laudo por un tercero no instituido constitucionalmente con poder jurisdiccional, cuyo fallo tiene las mismas características que la sentencia judicial. Es una institución que goza, a la postre, del doble carácter material y procesal, y lo único factible es que, tanto por aportación de una como de otra vertiente, lo que se puede concluir es que hemos de estar a la postura sincrética.

Se impone una visión sincrética en la naturaleza jurídica del arbitraje porque las posturas desarrolladas suscitaban las críticas que hemos señalado, o más bien, esbozado, ya que existen ríos de tinta sobre la materia, y frente a ellas se alza una postura ecléctica que refuta la jurisdicción de los árbitros como «negocio privado» y a la vez rechaza la posibilidad de asimilarla a la atribuida a los organismos del Estado, señalando que estamos ante una jurisdicción *sui generis*, que se viene a denominar *jurisdicción convencional*.⁶⁵

63 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228.

64 CHIOVENTA, *Principios de derecho procesal*, tomo 1: 127 y ss, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228.

65 PLAZA, DE LA, *Derecho procedimiento civil español*, vol. 2: 483, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 230.

No se trata de negar la naturaleza procesal y/o contractual del arbitraje, sino de armonizar ambas posiciones, más aparentemente que realmente antagónicas.⁶⁶

Para Silva Melero,⁶⁷ tras exponer opiniones encontradas de diversos autores, Gluck, Savigny, Wincheid, Cenburg y otros,⁶⁸ distingue en el arbitraje tres momentos diferentes: aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es negocio del derecho privado; aquel otro en que esa voluntad cristaliza en un documento y se convierte en lograr un acto de marcada condición recepticia (la aceptación), engendrador de un vínculo que surge entre los litigantes y el árbitro y que se asemeja a un mandato; aquel otro momento, finalmente, en que investidos los árbitros de un poder que está en potencia en la ley que así lo reconoce, pero que se traduce por obra del compromiso, ejercen una actividad pública, la de juzgar, y ello porque el Estado, al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional, los jueces, así como de personas a quienes, concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar, para un caso concreto.

Por lo expuesto, se deduce que el arbitraje no cabe sólo en el ámbito de la contratación privada y por eso la postura contractualista es materialmente insuficiente, a la vez que tampoco es, sin duda, un proceso jurisdiccional, del que la separan muchas diferencias ya tratadas.

La terminología de jurisdicción convencional quiere decir dos cosas:

- a. Es convencional desde que las partes perfeccionan un contrato de compromiso, que es negocio de derecho privado, y, asimismo, al engendrar un vínculo obligacional entre litigantes y árbitros, que crea una relación de servicios desde el instante en que se da la aceptación por los terceros llamados a dirimir.
- b. Es jurisdiccional, no tanto por la función que desarrollan los árbitros, como por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, que emergen del derecho contractual o privado y lo superan para convertirse en actos procesales o, al menos, con la misma fuerza

66 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 228.

67 SILVA MELERO, «El compromiso», en *Rev. y Leg.*, 1932: 436 y ss, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 232.

68 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 234

procesal al otorgarles la ley la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, y ello, no obstante, señalando que sentencia judicial y laudo no son equivalentes. Dice este autor⁶⁹ que la ley, al regular con cierto detalle la intervención jurisdiccional y la ejecución forzosa del laudo, ha otorgado una impronta judicialista a la institución arbitral.

Oertmann, Schultzenstein y Jaeger⁷⁰ son ejemplos, dentro de la doctrina extranjera, de esta postura ecléctica.

En definitiva, dicen estos autores⁷¹ que la especial naturaleza del arbitraje, que se nutre tanto de elementos contractuales como de elementos de carácter jurisdiccional, hacen de la institución que examinamos una figura originalísima a caballo entre la convención y el proceso.

La Ley de Arbitraje de 2003 se decantó hacia una concepción autónoma del arbitraje —frente a la contractualista de la ley de 1953 y la proclividad judicialista de la de 1988.

A pesar de que aún en la doctrina científica se sigue debatiendo sobre la naturaleza del arbitraje desde una óptica dualista, es decir, desde posturas que siguen considerando el arbitraje o bien como un contrato o negocio jurídico,⁷² o bien como un sucedáneo judicialista o jurisdiccionalista,⁷³ lo cierto es que como señala Barona Vilar, la riqueza que se ha obtenido de esas disquisiciones científicas ha dado sus frutos.

Matiza la autora que es manifiesto que en la institución arbitral se tejen un conjunto de relaciones jurídicas plurales; resultando que de ese entramado de relaciones jurídicas no toman mayor relevancia unas sobre otras. Y de ahí surge la pregunta que se formula Barona: ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a un arbitraje, sin la cual no es posible

69 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 233.

70 Cfr. OERTMANN, *Der Vorgangige Rechtsmittelberzucht*, 1915: 403 y ss.; SCHULTZENSTEIN, *Verhältnis zwischen schiedsrichterlichen und zivilprozessuallem Verfahren*, 1911: 351 y ss.; JAEGER, *Elementos de derecho procesal*, Milán, 1955: 121 y ss., apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 233.

71 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 23.

72 En la doctrina moderada española, p. ej., GETE-ALONSO, «La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje», en *La Ley*, num. 2, 1990: 1033; CREMADES, B.M., «El convenio arbitral, verdadero contrato», en *RCEA*, 2003: 49; o, en fin, PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Aranzadi, 2005: 68 y ss.; apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 237.

73 MONTERO AROCA, *Comentario breve a la ley de arbitraje*, UVAA, Madrid, 1990: 19 y ss.; MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 237.

hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce para su ejercicio?, ¿puede haber arbitraje sin convenio?, ¿puede haber arbitraje sin proceso?, ¿puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Todas las respuestas a las cuestiones planteadas —sigue diciendo esa autora— conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Y ello le lleva a concluir que «el arbitraje es el arbitraje», y esa es su naturaleza jurídica. En consecuencia, dice Barona, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma.⁷⁴

Acogemos por completo esa posición, máxime después de la Ley 60/2003, en el sentido que el arbitraje no es un convenio ni un proceso ni un laudo, ni tampoco un simple sumatorio de todos ellos, sino que es un sistema alternativo a la jurisdicción territorial del Estado al que el legislador nacional e internacional ha dotado de efectos idénticos a la sentencia judicial.

Hoy el arbitraje no es exclusivamente estudiado desde una perspectiva doméstica⁷⁵ y se puede configurar sin los tintes de localización territorial en cualquier punto del globo, ya que es único método de solución de conflictos que se sitúa más allá del binomio Estado-territorio, y completa los límites territoriales que alcanza el juez nacional.

Desde hace años el arbitraje tiene sus propios fundamentos y su propia finalidad, nos dicen Medina y Merchán, no hay que buscar fuera de sus confines, ha alcanzado su propia identidad institucional, cuyos perfiles le hacen distinto a otras categorías jurídicas, aun cuando pueda compartir con éstas elementos comunes, pero eso ocurre en todas las áreas del ordenamiento jurídico, que no se cierran en compartimentos estancos, sino que aparecen relacionados entre sí como vasos comunicantes, lo que facilita su interpretación y la estabilidad y seguridad jurídica del conjunto del ordenamiento como un todo.

El alcance de la autonomía institucional hoy existente en el arbitraje, se ha logrado porque la institución cuenta con su específico sistema de fuentes y sobre todo porque se admita existencia sin anclajes previos.⁷⁶ Es un sistema normativo

74 Cfr. BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003)*, Thomson-Civitas, 2004: 58-59; MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 237.

75 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 241.

76 Eso último es más notorio en el arbitraje de carácter internacional, donde las necesidades del mercado han llegado a crear un cuadro normativo propio (*lex mercatoria*, UNIDROIT) que le sirve de derecho de fondo aplicable, incluso la posibilidad de poder buscar y localizar la norma aplicable

propio e independiente que no se encuentra subordinado a ningún otro orden normativo o jurídico concreto.

Por ello, se postula que⁷⁷ se puede sostener que existe un derecho arbitral o del arbitraje, con plena autonomía científica e institucional, dentro de su propio ámbito de aplicación, con su propia metodología y sistema de fuentes, que queda perfectamente delimitado en cuanto a su objeto (normas, tratados, usos y principios referidos al arbitraje), fundamento (libertad individual para apartarse de la jurisdicción del Estado y voluntad de someterse a un convenio arbitral), naturaleza (sistema peculiar y alternativo de solución definitiva de conflictos) y fines (resolver controversias y litigios sobre derechos sobre los que las partes tienen libre disposición).

Sólo postulando su autonomía y peculiaridades propias podrá salvarse la institución de los problemas más graves con los que se critica que hoy se enfrenta, a saber: su propia banalización, a la que se podría llegar si no se mantiene el rigor de sus confines y de su contenido; la excesiva y endogámica mercantilización del mundo de los operadores arbitrales; así como el que pretendan erigir la institución en una técnica residual destinada a servir de desagüe de los atiborrados tribunales judiciales del Estado.⁷⁸

aun fuera de ese marco de reglas y usos internacionales. En el arbitraje de carácter interno, sólo en apariencia es distinto: al fin y al cabo las partes y, en su caso, los árbitros, pueden decidir el derecho material aplicable y la ordenanza procedimental a seguir, con tal que se respete la igualdad entre las partes. Ya se ha expuesto, y no se va a repetir ahora, cómo el arbitraje ha acabado por segregar tres principios básicos que le han servido de lanzadera: los principios pro arbitraje, *perpetuatio arbitralis* y *Kompetenz-Kompetenz*, que le han dotado de un alto grado de suficiencia doctrinal y práctica. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 242.

77 Cfr. *ibid.*: 243.

78 En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional atribuyendo al arbitraje el papel de «equivalente jurisdiccional» o el de «actividad sustitutiva de la jurisdiccional» (véase, entre otras, 1C43/1988, 15/1989, 62/1991, 174/1995 y 176/1996, por todas). El arbitraje, como epítome del derecho arbitral, debe respetar, en sí mismo, un modelo de sistema de garantías, el que, además de insistir alguna doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también ha sido recogido por la jurisprudencia de Audiencias Provinciales (SSAP, Alicante, de 26 de febrero y 22 de marzo 1999; Madrid, de 20 de noviembre de 1999, de septiembre de 2000, por todas), *apud* MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 245.2.

3. BREVE REFERENCIA INTRODUCTORIA: SISTEMAS MONISTAS VS. SISTEMAS DUALISTAS. LA TRADICIONAL DUPLICIDAD DE SISTEMAS DE FUENTES APLICABLES

Cuando se habla de monismo *versus* dualismo en materia arbitral hemos de hacer una distinción preliminar. Así, en un primer momento y en la actualidad, han sido superadas las dualidades normativas o de fuentes en el ámbito interno de cada sistema normativo estatal, nos referimos a aquellos grupos de Estados en los que, por mor de la inicial reticencia derivada de la aceptación del arbitraje como plena institución, no meramente privatista-contractualista, de derecho sustantivo material-contractual o como fuga del derecho, en palabras de De Castro, o en el caso español, con su primera ley de 1953 de arbitrajes privados, en plena autarquía política bajo el régimen político de aquel entonces, en los que, en el plano normativo, tan sólo se regulaba un arbitraje, el nacional o doméstico, frente al actuar tenaz y progresivo de la doctrina y jurisprudencia arbitral internacional que, ante la insuficiencia —o quizá más, la cuasi prohibición o desatención del arbitraje internacional, estandarte de arbitraje en la práctica actual de los estados del mundo, que, a la postre es el arbitraje que interesa en esta obra—. Es decir, aquellos sistemas, como el español hasta hace bien poco, que distinguían entre un sistema de fuentes internas y codificadas para el arbitraje interno o doméstico, desatendiendo, en un primer momento, al internacional (así la ley de 1953) y buscando su apoyadura legal hasta nuestra Constitución, con Autos como el de febrero de 1981 que fueron introduciendo un cuadro normativo paralelo aplicable al arbitraje internacional en España.

Los sistemas de regulación nacional del arbitraje, siguiendo a Medina y Merchán,⁷⁹ son las reglas que se contienen en las propias leyes nacionales sobre arbitraje y que en los últimos años han sido objeto de un desarrollo notable en el sentido de otorgar carta de naturaleza al arbitraje internacional desarrollado en el seno legislativo interno de cada Estado. Pero para llegar a este punto ha sido necesaria una larga evolución, venciendo concepciones demasiado nacionalistas del arbitraje, o, simplemente, por la carencia de un concepto o una cultura eficaz al arbitraje internacional fuera del reconocido en los instrumentos específicamente internacionales.

En los últimos veinte o veinticinco años, para el caso español, al reconocerse su naturaleza única, por las ventajas que contiene en sí misma, como también,

⁷⁹ MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed: 63-64, 73-86, sobre la ley de 1953 y la perspectiva de una nueva regulación del arbitraje privado; y 3ª ed: 118 y ss.

como remedio al colapso judicial, o bien sea por favorecer el clímax para ser foco de atracción de los cuantiosos arbitrajes internacionales, se estableció una verdadera cultura arbitral, como señala en su exposición de motivos la ley de 2003, que analizaremos posteriormente; lo cierto es que las reformas legislativas que analizamos son las concepciones más monistas, desechando los anteriores remedios dualistas que, pasando de prescindir totalmente de referencias al arbitraje internacional —como fue caso de la antigua Ley española de Arbitrajes Privados en 1953— pasan a regularlo mediante un ordenamiento singular frente al ordenamiento común, en claro dualismo legislativo. Hoy se ha superado dicha tendencia para pasar a sistemas monistas, como propugna la propia exposición de motivos de nuestra ley de 2003, fruto de una tenaz labor de la jurisprudencia y doctrina, para alinearse con las tendencias existentes en el ámbito jurídico mercantil internacional.

De forma general, no puede sostenerse hoy en día que los ordenamientos nacionales sobre arbitraje contemplen exclusivamente el ordenamiento interno, como nuestra antigua ley de 1953; la mayoría de los países ha promulgado, en los últimos tiempos, leyes técnicamente avanzadas para adaptarse al medio del comercio internacional, pero, sin embargo, no existe unanimidad, ni antes hubo siquiera aproximación entre los diversos sistemas establecidos por los derechos nacionales a la hora abordar la regulación del arbitraje.⁸⁰

Básicamente son dos las opciones que se presentan en la regulación: regulación unitaria del arbitraje, tanto interno como internacional; y regulación diferenciada de ambos, bien mediante leyes especiales que constituyen ordenamiento singular, bien mediante correcciones parciales de los sistemas ordinarios que incorporan algunas especialidades del arbitraje internacional propiamente dicho o del arbitraje extranjero. En general, los ordenamientos adoptan algunas de las modalidades siguientes:

1. Ley especial, con regulación completa de los aspectos internos e internacionales del arbitraje, que abordan temas tanto sustantivos como procesales.⁸¹
2. Regulación contenida en el derecho civil común, o en los códigos de procedimiento civil en lo que afecta a los aspectos procesales, en paralelo con la regulación internacional contenida en tratados y convenciones, en la medida que han sido incorporados a los respectivos derechos internos.

⁸⁰ MEDINA, J.M.C. y MERCHANT, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 58-60, 68, 139-141 (monismo jurídico).

⁸¹ El prototipo fue la legislación inglesa, cuya Arbitration Act, en condiciones sucesivas, fue concebida para una regulación unitaria del arbitraje de derecho privado.

Es la forma que podría predicarse de la etapa inicial de la recepción del arbitraje internacional en nuestro país.

3. Regulación específica del arbitraje internacional comercial por normas de origen internacional.
4. Leyes especiales complementarias de la legislación civil procesal.⁸²

La regulación del arbitraje, en lo que concierne al arbitraje internacional,⁸³ generador de un ordenamiento, se dice, cuasi especial respecto del arbitraje interno o común, como objeto de legislaciones nacionales, puede abordarse, asimismo, en clave unitaria o diferencial, por medio de un ordenamiento diferente para el arbitraje internacional, de contenido e, incluso, vehículos formales diferentes (regulación en leyes o disposiciones diferentes), o mediante un conjunto de disposiciones específicas dentro del mismo ordenamiento o de la misma ley de arbitraje. Se estima que en estos supuestos un tratamiento monista unitario se contrapone a un tratamiento dualista o diferencial respecto del arbitraje internacional.

Por lo general, los sistemas nacionales de arbitraje se adscriben a uno u otro sistema, destacándose, no obstante, que, a la postre, siempre existe, por mínima que sea, una diferencia entre la legislación de arbitraje interno, aun en aquellos países de clara vocación monista declarada, con el derecho específico del arbitraje internacional, más flexible y derogatorio, porque, en la base está su justificación al medio que sirven: el tráfico comercial internacional. Para el sistema o régimen monista, los mismos preceptos valen tanto para el arbitraje interno como para el internacional y, en este sentido, cabe apreciar el influjo del modelo de la CNUDMI. Se habla así de sistema monista como aquel que regula, bajo una ley especial, tanto el arbitraje interno como el internacional —así ya con nuestra ley de 2003, receptora de la Ley Modelo de la CNUDMI—, y como dualistas, a aquellos que distinguen, como el español hasta 2003, entre el cuadro normativo aplicable a los domésticos y a los internacionales.

Pero también se hablaba de sistemas dualistas en un grado anterior, es decir, en aquellos sistemas u ordenamientos jurídicos en los que, no existiendo ley especial aplicable a la institución de arbitraje, como en España hasta la ley de 1953 —aún dualista respecto a la clasificación que distingue entre fuentes normativas

82. Así, la última reforma francesa llevada a cabo por «Décret numéro 2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage», en *Journal Officiel de la République Française*, Ministère de la Justice et des Libertés, 14 janvier 2011.

83. MEDINA, J.M.C. y MERCURI, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 118-120, 129-130, 190-211 (derecho interno), 910-912 (derecho internacional).

aplicables al arbitraje interno y al internacional—, existía una dualidad, además, de normas o fuentes aplicables a la hora de hablar de arbitraje; en nuestro caso, por un lado, las normas procesales de la LEC de 1881, y las materiales o sustantivas del Código Civil de 1889; y, otra vez aquí, subyace la incidencia de las controversias en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, siendo que hasta la primera ley —aún aplicable tan sólo al arbitraje doméstico privado de 1953—, nuestro sistema de fuentes aplicables al arbitraje también era dualista, esto es, desgajado en dos sistemas de normas a veces incluso contrapuestas entre sí.

Por ello, la labor de la doctrina y la jurisprudencia pro arbitral, monista en todos los sentidos, ha debido hacer gran esfuerzo hasta unificar tanto dualismo.

E incluso se alude a la contraposición entre sistemas monistas y dualistas, como siempre, también inspirados en la contraposición de sistemas de derecho latino continental *versus* de Common Law, o de inspiración anglosajona, para distinguir entre aquellos grupos de sistemas o países en los que se admitía tan sólo el arbitraje de derecho y no junto a él, dualistas, el arbitraje de equidad.

3.1. La evolución del derecho arbitral español de un sistema dual de fuentes a un sistema monista⁸⁴

3.1.1. La originaria dualidad de fuentes existente en el derecho interno

3.1.1.1. Regulación en el Código Civil de 1889

En el libro cuarto, relativo a las obligaciones y contratos, se comprendía el título décimotercero, que contenía la normativa de las transacciones y compromisos. Este título, hoy derogado parcialmente, estaba compuesto por dos capítulos dedicados, respectivamente, a aquellas figuras.⁸⁵

El capítulo segundo del título décimotercero del libro cuarto del Código Civil era de contenido insuficiente: lo integraban únicamente dos artículos, el 1820 y el 1821. Pero eran todavía más parcos en calidad que en cantidad, porque esos dos preceptos se remitían íntegramente a cuerpos legales distintos.⁸⁶ El artículo 1820

84 ÁLVAREZ, A.M., *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, 1981: 20-33.

85 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., 2006: 118.

86 Cfr. ALCALÁ ZAMORA, *Estudios procesales*, Tecnos, 1975: 42.

se remitía al régimen jurídico de las transacciones, en lo referente a la capacidad para comprometer. El artículo 1821 se remitía al resto de los problemas de las transacciones y preferentemente a la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el Código Civil únicamente aparecía enunciado con el nombre de *compromiso*.⁸⁷

3.1.1.2. Regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil trataba también de los arbitrajes. En su libro segundo, dedicado a la jurisdicción contenciosa, se encontraba el título quinto, donde se hablaba de los juicios de árbitros y amigables componedores; en este título, en dos secciones, se trataba, respectivamente, del juicio arbitral y de la amigable composición: artículos 790 al 839. Esto era entendido por la doctrina⁸⁸ de modo tal que existía un juicio arbitral tipo y luego una variante, la amigable composición, que, en la inmensa mayoría de los problemas, se regulaba por el procedimiento tipo.

El desacoplamiento entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil era un profundo acicate en materia de arbitraje y se criticaba, sobre todo, porque:

- a. En el Código Civil al arbitraje se le llama compromiso, y no distinguía entre arbitraje y amigable composición. En cambio, en la Ley de Enjuiciamiento Civil encontramos el arbitraje y la amigable composición.
- b. El Código Civil exigía la autorización del consejo de familia para que se pudiera comprometer en árbitros (art. 1810), pero no regulaba a los amigables componedores, que eran árbitros para la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c. La Ley de Enjuiciamiento Civil olvidaba todo lo recogido por el Código Civil en materia contractual. Así, en su artículo 792 se exigía la formalización del compromiso en escritura pública bajo pena de nulidad, lo que era una contradicción respecto del Código Civil y respecto a nuestro derecho histórico desde el Ordenamiento de Alcalá, que no imponía forma *ad solemnitatem* pública a los contratos. Para el caso de hacerlo y no cumplirse, los contratantes podían compelerse recíprocamente a su observancia; se da-

⁸⁷ Cfr. arts. 1820 y 1821 del Código Civil.

⁸⁸ Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, 1956: 35 y 367, apud MEDINA, J.M.C. y MENCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 119.

ban en el artículo 1280 del cc⁸⁹ una lista de actos que deben formalizarse en escritura pública, no figuraba, en dicha lista, el compromiso. Por lo tanto, la Ley de Enjuiciamiento Civil imponía un criterio formalista muy riguroso en el compromiso, que casaba con el Código Civil, tradicionalmente espiritualista.

3.1.2. La derogación operada por la Ley 36/1988 sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil: el fin definitivo de la dualidad de fuentes de derecho arbitral interno que la ley de 1953 no acertó a paliar

La Ley de Arbitraje de 1988 vino a derogar toda regulación parcial que de la institución quedaba tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) como en el Código Civil (cc). La disposición derogatoria de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, no sólo deroga la ley de 1953, como analizaremos posteriormente, sino también el recurso de casación contra los laudos en el arbitraje de derecho y, asimismo, los artículos 1729 a 1736, relativos a los recursos contra laudos arbitrales, todos ellos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC. Pero también operó la derogación expresa respecto de los artículos 1820 a 1821 del Código Civil que se habían mantenido en vigor hasta la publicación de la ley de 5 de diciembre de 1988, y además quedaban derogadas cuantas disposiciones se opusieran a la nueva Ley de Arbitraje de 1988.

Se mantuvieron en vigor, en cambio, las referencias que contenía la LEC de 1881 respecto a la excepción de su artículo 1464, y se añade, por imperativo de la disposición adicional tercera de la regulación del arbitraje de 1988, un nuevo número 8 al artículo 533 de la LEC anterior a la vigente, como excepción dilatoria.

Así, a partir de la entrada en vigor de la ley de 1988, todo el bloque normativo en materia arbitral y las rupturas especiales que tuvo la ley de 1953 (consumidores, seguros, cooperativas, transportes, etc.) quedaron superadas con la nueva Ley de Arbitraje de 1988 y ello por sus disposiciones adicionales primera y segunda.⁹⁰ Por lo demás, la Ley de Arbitraje de 1988 acabó definitivamente con el sistema

⁸⁹ Cfr. 1280 CC.

⁹⁰ La única fuga lamentable, como pondremos de manifiesto en su momento, fue el arbitraje laboral, excluido del ámbito arbitral de la Ley 36/1988, e incluso al día de hoy, lo que originó, sin duda, un marco legislativo específico para esta variante arbitral. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 130.

dual de fuentes en el derecho interno (CC y LEC) que se arrastraba desde los tiempos de la codificación y al que la derogada ley especial de 1953 no había puesto término definitivo, y ello con las matizaciones que expondremos al analizar, posteriormente, esta fase de la regulación, en nuestro país, del arbitraje internacional.

3.2. El fin de la dualidad de fuentes aplicables al arbitraje interno y al internacional alcanzado por la Ley 60/2003

La Ley 60/2003, por su parte, acaba con la dualidad de fuentes aplicable al arbitraje interno y al internacional⁹¹ —olvidado tanto por la ley de 1953 como por la de 1988—⁹² y postula, en línea con la Ley Modelo, el criterio monista de fundir en una sola institución el arbitraje interno e internacional, mejor dicho «de carácter interno o internacional» como establece su artículo 1.1.⁹³

La Ley 60/2003 pretende ser una «Ley general de arbitrajes», según proclama su exposición de motivos (número II, párrafo cuarto); su artículo 1.3 y la disposición adicional única prescriben que, como fuente directa, encuentra excepciones:⁹⁴

1. Primero, la propia voluntad de las partes, que es prioritaria, salvando los supuestos de intervención judicial, la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia, el régimen de garantías del procedimiento y el fallo de laudo, y los motivos y procedimiento de la acción de anulación (arts. 8, 22, 24, 37.3, 4.5, 41, 42, 43, 44, 45 y 46) que son de derecho imperativo.
2. En segundo lugar, los tratados internacionales, atendiendo a la «cláusula sin perjuicio», esto es, que aunque la Ley 60/2003 tenga carácter general, «se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del término español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en

91 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MURCIÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 191.

92 Sin embargo, el carácter no internacional del arbitraje está presente en muchos pasajes de la Ley 60/2003, así, en su artículo 1.2, para determinar el ámbito territorial de la norma española; en el artículo 3.1, para citar precisamente el «carácter internacional» del arbitraje cuando ocurran ciertas circunstancias; o, en fin, para determinar las normas aplicables al laudo extranjero; apud *ibid.*: 191.

93 Cfr. art. 1.1. LA: «Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje».

94 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MURCIÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 193.

tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan especiales sobre arbitraje» (art. 1.1 LA). La Ley de Arbitraje de 2003 está supeditada a la voluntad de los interesados, pero también a las normas jurídicas contenidas en tratados internacionales válidamente celebrados que han pasado a formar parte del ordenamiento interno español mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) (arts. 1.5 CC y 96.1 CE).

3. La tercera excepción a la aplicabilidad directa de la Ley General de Arbitraje de 2003 es el carácter interno que, como fuente primaria, se encuentra a las normas reguladoras de arbitrajes especiales para los que su aplicación tendrá carácter supletorio, es decir, en ausencia o silencio de esas reglas reguladoras de arbitrajes sectoriales (art. 1.3 y disposición adicional única LA), o por llamamiento de estos últimos a la Ley General (p. ej., art. 61.3 de la Ley 30/1995, de Seguros Privados, y disposición adicional de la Ley 27/1999, de Cooperativas). En este sentido, quedaría fuera el arbitraje laboral, al que la Ley General de Arbitraje de 2003 —como se hizo en la de 1988— excluyó de su aplicación sin una causa dogmática plausible.

La ley de 2003, por el contrario, anunciaba ya en su exposición de motivos, con muy buen criterio, que se «opta claramente por una regulación unitaria» para el arbitraje interno e internacional, salvando una contraposición (dualismo) que no tiene ninguna razón de ser.

Insiste el preámbulo de la Ley 60/2003 que «son muy pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno» y se añade «que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa». Esta es la razón por la que se opta, como estándar de referencia común al arbitraje de carácter interno e internacional, por la Ley Modelo de la CNUDMI (también conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL),⁹⁵ porque «su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno».

Ahora bien, esta postura, adoptada deliberadamente por el legislador, no debe arrastrar a un mimetismo absoluto entre el arbitraje de carácter interno y el arbitraje de carácter internacional, porque el arbitraje internacional tiene su propio sistema de fuentes y debe afrontar problemas específicos muy alejados, a veces, del arbitraje doméstico al no tener con frecuencia una norma interna (de procedimiento y de fondo) de referencia.

⁹⁵ Cfr. MEDINA, J.M.C. y MARCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 202.

Dicho lo anterior,⁹⁶ la regla general utilizada en el artículo 1.1 es la de aplicar la Ley 60/2003 a los arbitrajes «cuyo lugar se halle dentro del territorio español». Es decir, se territorializa el arbitraje, como si éste se hallase en territorio español, sea de carácter interno o internacional. Abordaremos posteriormente los criterios que dotan de internacionalidad al arbitraje en nuestro país, a partir de esta ley, si bien hemos de adelantar ya que, de acuerdo con la Ley 60/2003 (art. 1.1), el lugar del arbitraje en España no impide que tenga ese carácter internacional.⁹⁷

3.3. Sistemas que admiten y sistemas que rechazan el arbitraje de equidad

Por razones de carácter histórico, encontramos en el derecho comparado que los sistemas jurídicos pueden catalogarse en función de que admitan o no la distinción entre el arbitraje de derecho y el de equidad.⁹⁸

En aquellos ordenamientos nacionales en los que no se contempla esta distinción, el arbitraje que no se reconoce es el de equidad. En consecuencia, podemos distinguir entre aquellos sistemas u ordenamientos que admiten la doble modalidad (sistemas dualistas) y aquellos otros que, bajo una u otra fórmula, la niegan o desconocen, de tal manera que sólo es apreciable el arbitraje de derecho (sistemas monistas).

Los sistemas dualistas son los de países de tradición latina y continental, aquellos que generalmente consagran la existencia de una amigable composición al lado del arbitraje de derecho propiamente dicho. El arbitraje de equidad adquiere en ellos legitimación legal explícita.

Por otra parte, existe un número determinado de países en los que, si bien la dualidad no es reconocida expresamente por la ley, nada impide, en la práctica, la coexistencia del arbitraje de derecho al lado del arbitraje de equidad. General-

96 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 204.

97 Sobre la preeminencia que toma el lugar del arbitraje en la ley de 2003, resulta aconsejable que éste quede reflejado en el convenio arbitral para evitar, como dice Olivencia, la incertidumbre de su falta hasta que lo establezcan los árbitros. OLIVENCIA RUIZ, M., «Comentarios al artículo 1º», en GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, 2004: 42, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 234.

98 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 962 y 963.

mente, en ellos, la ley ni autoriza ni prohíbe a los árbitros decidir en equidad. Es el caso de Alemania, Estados Unidos, Japón y ciertos países escandinavos.⁹⁹

Aunque en los dos grupos precitados, los dualistas puros, digamos, o aquellos que implícitamente los aceptan, se llega al resultado de la admisión de ambas formas, es determinante el criterio que la distinción sea consagrada legislativamente, o que, por el contrario, ante el silencio de la ley, hayan de ser la doctrina y la jurisprudencia las que acrediten su existencia.

La dualidad reconocida por ley es la solución conocida desde antaño por el derecho francés y todos aquellos códigos que se inspiraron en la tradición latina.¹⁰⁰ Este es el caso del derecho belga,¹⁰¹ holandés y suizo, y de España en la versión de la ley de 1988. Un sistema en pro del arbitraje de equidad que ha cambiado en sentido contrario con la ley de 2003, dándose prevalencia al de derecho, y que imitaron países de América Latina que incorporaron en sus Códigos de Procedimiento Civil los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento española; como también ocurrió en los países de influencia francesa.¹⁰² La tendencia común en todos ellos es dejar establecido que, junto a la existencia de las dos clases de arbitraje, existe una presunción a favor, normalmente, del arbitraje de derecho; esto es, salvo estipulación de las partes en contrario.¹⁰³

Especial relevancia hemos de darle a esta cuestión por cuanto la reforma, operada en España en 2011, de la ley de 2003, supone, con asombro de los estu-

99 Op. cit., DAVID, R.: 459 y 460, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 963.

100 El Código de Procedimiento Civil francés de 1806 ya establecía la distinción, articulando la existencia legal del arbitraje de equidad por medio de una excepción a la regla general de presunción del arbitraje de derecho; apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 962.

101 Así en la ley belga de 4 de julio de 1972, artículo 1700; sin embargo, los poderes de amigable composición sólo podrían ser conferidos a los árbitros después de surgida la controversia. Véase STORME, M., «Aspects importants du droit arbitral belge», en *Rev. dr. int. et comp.*, 1976: 121; HUYS y KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*: 126. El precepto pasó al derecho belga de la ley modelo de Estrasburgo. Véase DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*: 461. La ley de 1972 fue derogada en 1988 y es objeto de una nueva versión en 1998, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 962.

102 LOQUIN, E., *L'amiable...*: 30; DAVID, R., *L'arbitrage dans le mercad*: 458; apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 963.

103 En un buen número de países, el sentido de la presunción es el inverso: los árbitros gozan en principio de poderes de amigable componedor, salvo que las partes les otorguen expresamente el actuar conforme a derecho. Sobre el fundamento de la presunción a favor del arbitraje de derecho, véase DAVID, R., op. cit.: 459; LOQUIN, E., op. cit.: 34; MOTULSKY, H., *Ecrits - Etudes et notes sur l'arbitrage*: 13, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 963.

diosos de la materia, una vuelta a la inadmisión del arbitraje de equidad en la materia de arbitraje estatutario, como tendremos ocasión de ver.

4. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE Y SU EVOLUCIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

4.1. Antecedentes: referencias históricas al arbitraje en el derecho romano y en el derecho común¹⁰⁴

Como acertadamente ha observado De Castro,¹⁰⁵ el arbitraje es una figura cambiante que ha evolucionado en conjunto con el variado entorno social y con el juego de intereses de ciertos grupos sociales; por tal motivo, y sin tener el propósito de ahondar en las profundidades históricas de la institución,¹⁰⁶ resulta muy conveniente esbozar los antecedentes de la institución en derecho romano y derecho común en España.¹⁰⁷

4.1.1. El arbitraje en el derecho romano¹⁰⁸

Es un hecho contrastado por los historiadores¹⁰⁹ que en las sociedades primitivas los litigios se resolvían a través de actitudes personales directas de los contendien-

104 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 45-49 (derecho interno).

105 Véase CASTRO, DE, «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», en *Anuario de derecho civil*, tomo XXXII, 1979: 624, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 110.

106 Un estudio histórico del arbitraje puede verse en MERCHÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje: estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1981, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 111.

107 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 110 y ss.
108 Véase D'ORS PÉREZ PEIX, A., «La experiencia histórica del arbitraje jurídico», en *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación*, 1993.

109 GARCÍA GALLO, *Historia del derecho*: 20; y también en la obra *Jueces populares y jueces técnicos en la historia del derecho*, Madrid, 1946; apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 111.

tes, como podía ser la venganza o el régimen de fuerza; surge después, por un proceso evolutivo de atemperar las actitudes agresivas, el encomendar a terceros, elegidos entre personas relevantes de la comunidad, la solución de conflictos que se plantean entre miembros de esa comunidad.¹¹⁰ Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que regule la composición entre las partes, lo que permitió a la justicia primitiva cumplir su misión social, porque si hubiera intentado imponerse coercitivamente no habría hallado quien la respetara,¹¹¹ sin embargo, será el derecho romano el que establecerá las bases doctrinales y jurídicas sobre las que se asentará el arbitraje de forma semejante a como lo conocemos hoy. Así, el título octavo del libro cuarto del Digesto contiene la rúbrica sobre «*De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*».¹¹² Cicerón señalaba las inestimables ventajas de acudir al arbitraje para escapar de la «dura ley» (procedimiento judicial) y resolver la cuestión por la *quantum aequius et melius sit*, así como para sustraer de la publicidad la contienda entre las partes y evitar la apelación propia de la sentencia judicial.¹¹³

Alguna doctrina ha señalado¹¹⁴ que la construcción del arbitraje en el derecho romano se encuentra tanto en los procedimientos de *legis actiones* como en el *formulario*, ya que en uno y otro las partes determinan el objeto del litigio y la persona del juez. El magistrado nombra al juez elegido por las partes o, en desacuerdo de éstas, cualquiera de una lista confeccionada al efecto. Con esto se produce la *litis contestatio* que culmina en el procedimiento *in iure*.

Estos procedimientos terminan cuando los jueces dejan de ser elegidos por las partes y pasan a ser nombrados soberanamente por el pretor. Pero será justamente el reconocimiento a las partes para que privadamente, fuera del procedimiento judicial ordinario, puedan resolver sus disputas encargando el fallo a un tercero, lo que se entiende por la doctrina como el punto de formación jurídico-técnica del arbitraje en el derecho romano.

Se escinde el arbitraje, en el derecho romano, en dos convenios o pactos pretorios, protegidos por su acción.

110 REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, 1991: 29-46.

111 AYLWIN AZOCAR, *El juicio arbitral*, Buenos Aires, 1958: 2, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 111.

112 OGAYAR y AYLLÓN, T., *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, 1977: 38-40.

113 MERCHÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, 1981: 20-33.

114 MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Paris, 1926: 17, también SATTI, *Contributo alla dottrina del arbitrato*, Milán, 1969: 76, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 111.

- a. El *cum-promisso facto*, en virtud del cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de un litigio no al fallo de la autoridad pública competente, sino a la decisión de una tercera persona (*arbiter*). En el que lo más relevante era la cláusula penal adherida al compromiso, porque lo relevante del pacto compromisorio romano se encuentra en la cláusula penal adherida al compromiso por la que, para el caso de que una de las partes no cumpliera lo ordenado por el árbitro (pena pecuniaria) se otorga al laudo arbitral eficacia jurídica directa.

También será el derecho romano el que señale los principios delimitadores del objeto comprometible —luego repetidos hasta la saciedad en los ordenamientos de tradición romanista—. Se establecía que se podrá hacer compromiso sobre cualquier materia, a menos que afecte el orden público, al estado de las personas o tenga por objeto una *restitutio in integrum*.

- b. El segundo convenio que integra el arbitraje es el *receptum arbitrii*, en virtud del cual el árbitro se viene a obligar respecto a las partes que lo hayan designado (*arbitrium recipere*). Si el árbitro, por cualquier causa, no quisiera dictar sentencia arbitral, el pretor interpone su autoridad para que cumpla el cometido aceptado.

Expresa Sohm¹¹⁵ que la sentencia arbitral es irrevocable, no susceptible de apelación ni de ejecución forzosa, puesto que no es un fallo judicial. No se puede rehusar su ejecución, ya que no existe excepción alguna que permita rechazar su acatamiento por mor justamente de la obligación que se ha contraído libremente de aceptar la decisión del árbitro, al someterse a arbitraje, y ello salvo el caso de haber dolo.¹¹⁶

Será Justiniano quien intensificará la eficacia del laudo, no ya sólo a través de la estipulación de una pena, sino también reforzando la sentencia arbitral por medidas indirectas; primero, mediante la imposición de la santidad del juramento, y luego, con la presunción legal de una confirmación tácita por el silencio durante el breve plazo de diez días.¹¹⁷ Es casi seguro, mantiene ese autor, que fuera también bajo la era de Justiniano cuando surja la perturbadora diferencia entre «arbitrador» o «arbitrio de un tercero» y arbitraje en sentido técnico; esto es, árbitros *ex-compromiso* y el *boni viri arbitrium*.¹¹⁸

115 SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, 17ª ed., traducción de W. Roces, Madrid, 1928: 415, apud OGAYAR Y AYLLÓN, T., *El contrato de compromiso y la institución arbitral*: 111-112.

116 MONROY, MARCO G., *Arbitraje comercial*, Temis, 1982: 10.

117 CASTRO, DE, *op. cit.*: 629.

118 Cfr. DIEZ-PICAZO en la cita que hace a un texto de Próculo (pág. 59, pie de página), en su obra

4.1.2. El arbitraje en el derecho común

Mention ha señalado que la justicia en la Edad Media tiene marcado carácter arbitral y ello porque la naciente burguesía comercial buscará la solución de sus conflictos en sus gremios y corporaciones, por la seguridad y rapidez que encontraban en la resolución de sus conflictos de ese modo, frente a la arbitrariedad y lentitud de la justicia regia.¹¹⁹

En el derecho medieval, será en el Fuero Juzgo donde aparecerá una regulación vertebrada sobre el arbitraje, ya que ni el Breviario de Alarico ni el Liber Iudiciorum presentan una regulación específica sobre la institución. Sin embargo, entre estos dos va a existir una marcada diferencia; así, si el arbitraje, en el Breviario, tiene rasgos jurídico-privados, en el Liber se inicia la tradición judicialista del arbitraje como regla general.¹²⁰

Es la tradición del Liber Iudiciorum la que se recoge en el Fuero Juzgo, en el que se considera al árbitro como una especie de juez.¹²¹ Resalta Merchán Álvarez que en el derecho municipal se refleja este predominio de los caracteres judiciales sobre los obligacionales y, así, se usan términos que son propios de los sujetos que desempeñan una función judicial (alcaldes avenidores y otros), y las sentencias arbitrales tendrán fuerza ejecutiva y de cosa juzgada.¹²² En el Fuero Real se mantiene esa tendencia y, además, se pretende dar al arbitraje el carácter de procedimiento general, al regularse el oficio de los alcaldes.

En las Partidas se consolida definitivamente la función judicialista del arbitraje; siendo su aportación más importante, la división que hace en la institución: entre avenidores que resolvían en derecho y arbitradores que decidían como simples amigables componedores.¹²³

Las Partidas reforzaron la eficacia del laudo, añadiendo a la pena establecida, como cláusula sancionadora al que incumpliese lo establecido por el árbitro, lo

El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Madrid, 1959, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 112.

119 Cfr. MENTION, op. cit.: 57 y 58; y MONROY, MARCO G., op. cit.: 11, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 113.

120 Para el Liber Iudiciorum, los iudices han recibido potestad para juzgar con la misma responsabilidad de los otros jueces; véase MERCHÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje: estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1981: 39, y Liber Iudiciorum, II, 1, 18.

121 2, I, 13; 2, I, 25.

122 MERCHÁN ÁLVAREZ, op. cit.: 39.

123 Se dedican al arbitraje las Leyes 23 a la 35 del título IV de la Partida 3ª y las Leyes 106 y 107, Partida 3ª, título 18.

que ya había previsto Justiniano para el comprometiente renuente: la presunción legal de una confirmación tácita de la sentencia por el silencio durante el breve plazo de diez días.¹²⁴ Paralelamente al derecho común, el derecho eclesiástico reconoció ampliamente el arbitraje durante la Edad Media y Moderna, al estatuir el sometimiento del obispo del lugar las controversias planteadas por los feligreses.¹²⁵

En orden a la ejecución de los laudos arbitrales, la solución que se dio en el Medievo varió de unos regímenes jurídicos a otros. Así, en Cataluña, Jaime II, en las Cortes de Barcelona de 1311, ordenó que se llevara a ejecución, sin retraso, excusa o malicia, las sentencias y arbitramentos. Disposición confirmada por las Cortes de 1321, las de Monzón de 1363 y reiterado por las de Barcelona de 1481.¹²⁶ En Aragón se dispuso, con carácter general, que la sentencia arbitral tenía fuerza ejecutiva.¹²⁷ En Castilla, será una ley de Enrique IV, en 1458, la que mandará ejecutar los compromisos aceptados por las partes, posteriormente ratificada por la Ordenanza de Madrid de 1502. Las citadas leyes recibirán una amplia autoridad al ser reconocidas en la Nueva y en la Novísima Recopilación, ello facilita que se aplique no sólo en Castilla, sino también en los demás reinos españoles.¹²⁸

No es de extrañar que esta tradición arbitral en el derecho histórico español alcanzase su punto más álgido con el reconocimiento constitucional del arbitraje en la Constitución de 1812. Su exposición de motivos decía: «El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontratable principio de la libertad natural. Nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido de la Monarquía Goda». Como se ha escrito,¹²⁹ la exaltación del individualismo decimonónico elevó el arbitraje a la categoría de derecho fundamental, modificando puntos tan neurálgicos de la institución como los que se refieren al valor y apelación de las sentencias arbitrales (así, arts. 280 y 281 de la Constitución de 1812). Se daba así solución al problema técnico que había quedado sin resolver satisfactoriamente desde los tiempos de las Partidas.

124 Partida 3^a, 4^a, 35.

125 MENTHON, op. cit.: 57 y 58, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3^a ed.: 114.

126 Traducción castellana de *Constitutions et altres drets de Catalunya*, libro II, título XIII, por VIVES y CEBRIÁ, Barcelona, 1832, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3^a ed.: 155.

127 Fueros y Observancias del Reino de Aragón, 1667, fol. 44.

128 CASTRO, DE, op. cit.: 23.

129 MERCHÁN ÁLVAREZ, op. cit.: 23 y 38-41.

A partir de este momento, el arbitraje será más profundamente regulado, pero no volverá a tener un reconocimiento normativo de tanta jerarquía como el que alcanzó con la Constitución gaditana. Así, el reconocimiento constitucional del arbitraje fue justificado y defendido magistralmente en el discurso preliminar de presentación del proyecto constitucional como «derecho de todo individuo de una sociedad a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, fundamentado en el incontratable principio de la libertad natural». La Constitución gaditana tomó el arbitraje como derecho fundamental de la Constitución francesa de 1791, que a su vez fue tributaria de la declaración de la Asamblea Constituyente, que concibió el arbitraje como «el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos».

El Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, y su específica ley procesal de 1830, encontrarán en el arbitraje un instrumento para resolver los problemas litigiosos entre comerciantes; sin embargo, el Código de 1829 y su ley procesal producirán una grave perturbación en el arbitraje al aludir al «arbitraje forzoso»; se interrumpe así la larguísima tradición de considerar al arbitraje como un instituto basado en la autonomía de la voluntad, aunque, en puridad, alega la doctrina que hay que matizar que fue la Ordenanza de Bilbao de 1737 quien habló por primera vez de un arbitraje forzoso; y aquí se debió inspirar el legislador de 1829.¹³⁰

El mayor problema que tuvo el legislador decimonónico español con el arbitraje fue el de saber dónde encuadrarlo.¹³¹ Sólo aparentemente era una cuestión de sistemática; en el fondo subyacía el tomar partido por las tesis contractualistas o judicialistas en las que se ha debatido tradicionalmente la naturaleza jurídica de la institución. García Goyena,¹³² separándose de la solución dada por las legislaciones comparadas (francesa y belga) que habían tomado partido por la vertiente procesalista del arbitraje, concibe el compromiso como contrato y por ello lleva esa figura al proyecto del Código Civil de 1851 en su título décimoquinto del libro tercero.

Aquí empieza el tratamiento legislativo dicotómico del arbitraje,¹³³ pues, por un lado, se identifica la parte (compromiso) con el todo (arbitraje) y se lleva al Có-

130 Ordenanza de Bilbao de 1737, cap. X, ley 16. Esta ordenanza traía causa de las ordenanzas francesas de 1560 y 1673 que estatúan el arbitraje obligatorio entre comerciantes pertenecientes a la misma sociedad comercial, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 155.

131 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 27-39.

132 GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, IV: 139 y ss., apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 115.

133 BARONA VILAR, op. cit.: 31-33.

digo Civil; pero, por otro lado, la tradición judicialista del arbitraje, que arranca, como hemos visto, de las Partidas, hace que las leyes procesales recojan como un proceso más el juicio de árbitros: Ley de Procedimiento Civil de 1855 (título xv, «Del juicio arbitral», arts. 770 a 818; y el título vi, «Del juicio de amigables componedores», arts. 819 a 836); el procedimiento arbitral se concibe en esa ley como auténtico proceso: contra el laudo cabe el recurso de apelación ante la Audiencia, y contra esta sentencia, recurso de casación (arts. 814, 816), y si el laudo es dictado por amigables componedores será ejecutoria (art. 836).

Esta ambigua situación dicótoma se arrastrará sin solución de continuidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Código Civil de 1889, como hemos tratado en el punto anterior sobre la dicotomía entre sistemas dualistas y monistas. Este doble tratamiento reforzó en nuestro país la disputa doctrinal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

La Ley de Arbitraje de 1953 vino a poner fin al doble tratamiento legislativo, pero inclinándose por la tendencia contractualista. Sin embargo, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, volvió a la concepción procesalista, con lo que no sólo se regresó a la tradición histórica española anterior al periodo codificador, sino que además acogió las orientaciones del derecho comparado y del derecho de las convenciones internacionales. El ciclo se cierra con la Ley 60/2003, de Arbitraje, ley que, desde nuestro punto de vista, supera el dualismo dicotómico entre las posiciones contractualistas y judicialistas para situar el arbitraje como institución dentro de un marco normativo propio específico, con absoluta autonomía científica y práctica, al tiempo que, al seguir la Ley Modelo, acoge en su seno la doble tradición existente en el derecho arbitral comparado: la Europa continental y anglosajona. La reforma operada en 2011 poco aporta a estas afirmaciones, pero sí podemos sostener que impera la posición por la cual el arbitraje es el arbitraje con su propio sistema de fuentes *sui generis*, original y único.

4.2. Primera etapa: preconstitucional. La Ley de Arbitraje Privado de 1953. La autarquía española frente al arbitraje internacional

4.2.1. La situación del arbitraje comercial internacional en el contexto del ordenamiento español de 1953¹³⁴

Nuestra Ley de Arbitraje Privado de 1953 no contenía ninguna referencia al arbitraje comercial internacional de derecho privado ni tampoco preveía el poder de acudir al arbitraje fuera de nuestras fronteras. Fue necesario habilitar un sistema en base a la analogía del laudo con la sentencia judicial, y así dar cumplimiento a lo estipulado a nivel de tratados internacionales, como el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio de 1927, primeros en su género, que obligaban a los países signatarios a reconocer la validez y asegurar la ejecución de los laudos derivados de un compromiso o cláusula compromisoria contenida en un contrato principal, conforme a las disposiciones de sus leyes nacionales.¹³⁵

La ley de 1953 se dictó con un criterio internista y autárquico. Sólo se contemplaba el arbitraje sobre las relaciones domésticas. Ello no suponía, sin embargo, que en la práctica —y precisamente por la ausencia de regulación suficiente del arbitraje internacional en la perspectiva de nuestro derecho— no fuera válido el que extranjeros decidieran someter sus eventuales diferencias al arbitraje que establecía nuestra ley. Pero esta circunstancia no determinaba, sin más, la internacionalización del arbitraje, puesto que sería de aplicación, exclusivamente, el ordenamiento interno. Se dice que la ausencia de mención alguna al arbitraje internacional en nuestra ley de 1953 no parece que fuera un olvido del legislador, sino que fue una omisión deliberada.¹³⁶

No se deseaba otorgar prevalencia a un tribunal arbitral extranjero sobre la jurisdicción de los tribunales españoles, además de ser influjo de la autarquía económica —y política— de la época. Con todo, las condiciones reales del mercado destacaban la obsolescencia de la Ley de Arbitraje Privado de 1953.¹³⁷ La integración de la economía española en áreas cada vez más extensas era un hecho que no

134 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1047.

135 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed.: 225-229.

136 CASTRO, L.M.V. DE, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 1ª ed., 1984: 27-33, 171-191.

137 OGAYAR Y AYLÓN, T., *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, 1977: 40-59 (ley de 1953), 77-93 (delimitación material de la ley de 1953).

necesitaba más demostración. Superada la cuarta fase de la autarquía económica y previéndose que también desapareciera la autarquía política, la multiplicación de relaciones comerciales con otros países era un hecho palpable que, lejos de remitir, iba progresivamente en aumento. A las ya tradicionales relaciones con los países del marco europeo integrados en la Comunidad Económica Europea, a la que se incorporó nuestro país en 1986, se abría para el empresario español la vertiente de las transacciones con los países de marco socialista.¹³⁸

La desconfianza de las partes, en una transacción internacional, en supeditar el conocimiento de sus eventuales diferencias a la jurisdicción del Estado de la otra parte, y la consecuente preferencia por situar la contienda en un terreno más neutral, hacían del arbitraje, aplicado a los negocios internacionales, un recurso indispensable para eliminar gran parte de la incertidumbre que pesa sobre la seguridad jurídica de las transacciones. Y no sólo no atiende al arbitraje internacional el legislador, sino tampoco los empresarios habían prestado al arbitraje internacional la importancia que tenía, por la sencilla razón del desconocimiento en nuestro país de una técnica que es habitual en las relaciones comerciales internacionales.¹³⁹

A lo anterior se unía la insuficiencia normativa, en nuestra regulación, del arbitraje internacional en esta fase.¹⁴⁰ El régimen de los Acuerdos de Ginebra tuvo en dicha época el éxito de toda regulación uniforme, pero hoy día los acuerdos ginebrinos se consideran superados, por su visión nacionalista del arbitraje, vinculado necesariamente a una ley nacional, y por la ambigüedad de muchas de las reglas conflictuales en que se sustentaban; fueron estas las razones, entre otras, las que no posibilitaron la entrada de un verdadero arbitraje internacional en nuestro país, amén del no conocimiento del arbitraje institucional en nuestro ordenamiento y el que el arbitraje no reglamentado, o *ad hoc*, quedaba también privado de eficacia operativa *per se*.

138 RAMOS, F., *Arbitraje y proceso internacional*, 1987: 73-79, 101-105.

139 También una buena parte de este escaso éxito del arbitraje entre nosotros se debió a la actitud cautelosa de nuestro más Alto Tribunal, poco propicia a facilitar el establecimiento de una confianza suficiente en cuanto a la ejecutividad de los laudos extranjeros en nuestro país. De los tres sistemas de ejecución de sentencias extranjeras de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, el convencional, el de reciprocidad y el régimen supletorio con carácter limitado, los dos últimos eran inoperantes en la práctica. Sólo —y no siempre— los laudos extranjeros amparados en una convención internacional merecieron la aprobación y el reconocimiento del Tribunal Supremo en esta época. MADRUGA, J.M.C. y MENCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1048.

140 Cfr. *ibid.*: 1048.

Desde el punto de vista procesal —contrariamente a la Convención de Nueva York—, se exigía a la parte una gran actividad probatoria, casi diabólica, cuando pretendía hacer valer un laudo extranjero, lo que propiciaba que no se iniciaran procesos de exequátur, que se caracterizaban por su rigor formal y, entre nosotros, además, por su aleatoriedad, en cuanto al resultado.¹⁴¹

A este esquema general de insuficiencia había que añadir la escasa contribución de nuestro Tribunal Supremo en establecer un clima de seguridad y de confianza para el arbitraje internacional.¹⁴² Cuando no ignoraba la existencia de los tratados, que innecesario es recordar, forman parte, cuando han sido debidamente ratificados y publicados, de nuestro ordenamiento interno, los aplicaba torpemente, mezclando cuestiones de nuestro ordenamiento arbitral interno, en aquella época, con otros derivados de la específica regulación internacional. La extensiva y abusiva aplicación del criterio restrictivo de orden público, como criterio opuesto al libre reconocimiento y ejecutabilidad de los laudos extranjeros, era la guinda a este peregrinar lleno de dificultades¹⁴³ que justificaba el recelo de los operadores ante el arbitraje internacional en nuestro país en esta primera fase. Ante estos inconvenientes,¹⁴⁴ muchas empresas extranjeras optaban por someterse a nuestra Ley de Arbitraje Privado de 1953; es decir, nacionalizaban un arbitraje, que *per se* no era interno, para reducir los riesgos en la aleatoriedad que existía en la ejecución de laudos extranjeros en nuestro país; adquirían con ello seguridad jurídica, pero desvirtuando así la verdadera naturaleza del arbitraje internacional.

Se hacía preciso dictar una ley que eliminara dichos aspectos negativos de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 y que uniformara el arbitraje en sus aspectos interno e internacional y, asimismo, sus aspectos sustantivos, de otros arbitrajes privados no contenidos en su normativa, así como los aspectos procesales que se reputaban especiales respecto de la LEC.¹⁴⁵

141 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1049.

142 SABATÉ, L.M., *Jurisprudencia arbitral comentada. STS, 1981-1991, 1992: 19-25, 69-141, 179-183, 191-192, 197-200, 219, 226, 231-241, 251-259, 265-272, 317-367, 409-424, 435-503, 537-545, 557-581, 591, 595-598.*

143 REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*; ídem, *Ejecución de sentencias arbitrales...*; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro», en RCEA, 1986: 29 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Sobre el convenio arbitral en el derecho internacional privado español» en RDI, vol. II, 1975, pág. 14.

144 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed., Madrid, 1978: 73-86, 225-229.

145 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 70-80 (derecho interno).

También era indispensable la adhesión y posterior ratificación de España al Convenio de Nueva York de 1958. En este sentido, era unánime el clamor de la doctrina y de los prácticos del arbitraje en nuestro país, y de las instituciones especializadas, particularmente las Cámaras de Comercio, que se dirigieron frecuentemente a los poderes públicos para que España se adhiera al régimen del arbitraje internacional. El Boletín Oficial de las Cortes de 3 de marzo de 1977 publicó el texto del Convenio de Nueva York y abrió el trámite de proposición de enmiendas en orden a su ratificación, y así la Convención de Nueva York formó parte de nuestro ordenamiento jurídico. España se incorporaba ya al arbitraje internacional, pero quedábamos fuera del Tratado de Washington de 1965, de menor extensión, en cuanto a países y ámbito de aplicación, lo que se suplía por las convenciones de Nueva York, y de Ginebra de 1961.

La ley de 1953 no estaba pensada para el arbitraje internacional por su rigor formal, sus largos trámites, su exclusiva reserva a los árbitros nacionales, su inflexibilidad en materia de la ley aplicable y, sobre todo, la ineficacia *per se* de la cláusula compromisoria inserta en un contrato principal, que estaba necesitada de formalismos, muy criticados a la sazón.

La Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánicas de la Justicia se hace eco de la necesidad de integración de España en las áreas supranacionales; así, en su exposición de motivos decía que «en el orden internacional se pone de manifiesto la apertura del Estado español a la Comunidad de las Naciones, proclamándose, en términos generales, la necesidad del cumplimiento de lo establecido en los tratados internacionales y por la práctica internacional». Después de la promulgación del título preliminar del Código Civil, los tratados internacionales formaban ya parte del ordenamiento interno, y los jueces y tribunales españoles debían reconocerlos y aplicarlos como si de derecho interno se tratase.

Así, la regulación del arbitraje internacional —aún incipiente en esta fase— estaba formada por el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, publicado en el BOE el 11 de julio de 1977; el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, publicado el 4 de octubre de 1975. A lo anterior, se añadían los convenios bilaterales firmados por España, que constituyen también el derecho arbitral español de esta fase. Sin embargo, por su importancia, queremos limitarnos, por la brevedad del presente, a citar estas dos convenciones universales, Carta Magna del arbitraje comercial internacional o extranjero en esta etapa estudiada.

La Convención de Nueva York tiene por finalidad la ejecución de los laudos en España, y la Convención de Ginebra tiene como fin establecer una ley común

al arbitraje comercial, como expresamente se indica en su exposición de motivos. Estas convenciones constituían ley especial con respecto a la ley de 22 de diciembre de 1953, que era derecho común, y tenían prioridad sobre ésta, excepto en dos casos: si, según la inflexible concepción española, había contradicción o atentado al orden público español o violación de derechos de defensa.

El juez español estaba obligado a conocer, en primer lugar, los mandatos de la convención internacional y, a continuación, el derecho común o la ley interna de arbitraje, pues, como regla general, el derecho convencional internacional de arbitraje tenía primacía sobre el derecho común, pero podía suceder lo contrario.

El artículo 7, párrafo primero, de la Convención de Nueva York, establecía que sus disposiciones «no afectan la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privan a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque».

En el marco de este comercio internacional, una de las cláusulas de estilo más frecuente en la contratación era el pacto de someter a un arbitraje las diferencias que pudieran surgir, huyendo de la complejidad de los procedimientos judiciales ante dichos tribunales.

España conocía este contexto y ya aceptaba los usos imperantes en la práctica internacional, pero, dados los inconvenientes que se derivarían de la inevitable aplicación de la Ley española de Arbitrajes Privados, de 22 de diciembre de 1953, que se han esbozado, y como en la mayoría de los casos el arbitraje tenía como sede un país extranjero y no el propio territorio español, nuestro país quedaba frenado en esta materia, un freno que tiende a levantarse después de la ratificación de los convenios multilaterales de arbitraje internacional por nuestro país; cuando al menos se tuvo ya confianza que en nuestro país serían reconocidos y cumplidos los laudos dictados de acuerdo con leyes extranjeras —salvando, claro está, las dificultades procedimentales del exequátur en vigor—. Como es sabido, la jurisprudencia española en esta materia había extrapolado la regulación jurídica del arbitraje interno y la aplicaba sin más al arbitraje internacional. No atendían a las convenciones sobre la materia suscritas por nuestro país, ni que el arbitraje se hubiera desarrollado al amparo de una ley extrafronteriza. La jurisprudencia en materia de exequátur de laudos extranjeros hasta la fecha casi siempre los examinaba desde la óptica del propio derecho interno, sin preocuparse de averiguar si tal perspectiva era la correcta.

Fundamentalmente, los argumentos utilizados giraban en torno a las normas siguientes: la ley de 1953 distingue entre contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria (arts. 6 al 11) y compromiso (arts. 12 al 24).

La cláusula compromisoria servía para preparar el arbitraje, al contener la voluntad de acudir al mismo, pero ante la negativa de una o más partes a instituirlo voluntariamente, no era suficiente por sí misma para someterlas a un arbitraje.

En caso de querer someterse al arbitraje, sólo daba opción a pedir la formalización judicial del compromiso, ante el incumplimiento o desvinculación, de ese pacto preliminar, de la otra parte. Si el compromiso no se formalizaba voluntaria o judicialmente, la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje quedaba sin efecto. Por la misma razón, tampoco era suficiente invocar la cláusula compromisoria para integrar la excepción de incompetencia de jurisdicción o compromiso, hoy declinatoria.

El compromiso, por su parte, estaba revestido de una serie de formalidades que, en caso de negativa de una parte contratante a aceptarlo, eran lentas en su ejecución y sólo el compromiso libremente contraído, pero después formalizado judicialmente, era el que vinculaba a las partes al arbitraje y el que podía fundar la excepción de incompetencia de jurisdicción o declinatoria. Cualquier cláusula de arbitraje internacional inserta en un contrato y examinada desde la perspectiva de la ley española de 1953, no pasaba de ser una simple cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, una vía contraria al propio arbitraje internacional, muy utilizada en la práctica por la jurisprudencia en la época.

Otro de los criterios esgrimidos por la jurisprudencia en contra de la validez de un arbitraje internacional era el referente al nombramiento de los árbitros; según la ley española, estos debían nombrarse de mutuo acuerdo, siendo nulo el pacto de deferir a una de las partes o a un tercero la facultad de hacer nombramiento. Conforme a esta normativa, multitud de laudos quedaban vacíos de contenido de momento de solicitar su exequátur ante los tribunales españoles.

Así, se fue creando una doctrina jurisprudencial que, invocando exclusivamente los preceptos de la ley de 1953, y extrapolando su normativa, sin atender a ninguna otra perspectiva internacional, creó la casi infranqueable barrera del principio de orden público nacional imperativo, y español, contra el desarrollo del arbitraje en su contexto internacional —ni siquiera los instrumentos ginebrinos impidieron que la jurisprudencia española inadecuadamente los sometiera al texto de la ley española de 1953.

Pero en otras ocasiones también se observan intentos jurisdiccionales pro reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.¹⁴⁶ Con ello se pone de relieve el continuo vaivén jurisprudencial sobre la materia, hasta el punto

146 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de laudos arbitrales*, 1996: 68-70, 75-82.

en que es posible hallar resoluciones para todos los gustos; era una especie de lotería prever el sentido de un fallo al respecto.

En aquella fase, la doctrina jurisprudencial española desarrollada en torno a la subordinación del arbitraje internacional a la ley española de 1953 no podía mantenerse y los propios tribunales de justicia comienzan a variar la tendencia imperante. Este giro se debió a que, por un lado, estaban los convenios bilaterales suscritos por España relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras con determinados países. En todos ellos se equiparaban los laudos arbitrales a las sentencias judiciales y, en consecuencia, se les aplicaba el mismo régimen de exequátur. Por esta vía habían obtenido su reconocimiento y ejecución, en los últimos tiempos, diversos laudos. En estos casos ya se puede observar cómo el Tribunal Supremo ni siquiera hace mención de la ley española de 1953. Al contrario, el tribunal se coloca exclusivamente en la perspectiva internacional y da una respuesta caso a caso en base al convenio bilateral aplicable y a lo pactado por las partes en la propia cláusula arbitral. En estos supuestos parece que ya va alejándose el fantasma de la ley de 1953.

Por otro lado, España había ratificado, en los últimos años de esta primera fase, dos de los principales convenios multilaterales sobre arbitraje. En concreto, el Convenio europeo de Ginebra, de 21 de abril de 1961, ratificado el 5 de marzo de 1975 (BOE de 4-10-1975), y el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, ratificado el 29 de abril de 1977 (BOE 11-7-1977). Estas disposiciones, que una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado son derecho interno (art. 1 y 5 CC) y que ya empezaban a tener acceso a la jurisprudencia, exigían un planteamiento completamente distinto de la eficacia de las cláusulas de arbitraje internacional. En particular, dichas convenciones eran derecho interno de nuestro país desde sus ratificaciones respectivas y, por ello, se hace cada vez más patente cómo la ley internista de 1953 no podía dar respuesta adecuada a la situación que existía en España, sino que se la podía dar su principal fuente normativa, es decir, los propios convenios internacionales, consecuencia de su inserción como fuente de derecho. Ello exigía la revisión de las propias fuentes de la institución, en su perspectiva internacional, por nuestra jurisprudencia, para dar cabida y aplicación a los instrumentos internacionales en la materia.

Teniendo en cuenta las premisas anteriores y, sobre todo, la perspectiva internacional que se ha invocado, había que revisar el concepto de cláusula o pacto de arbitraje internacional.¹⁴⁷ Por encima de la terminología, lo verdaderamente im-

147 Nuestra jurisprudencia, en una primera fase, considera la mayoría de las veces a dichos convenios

portante, y que debía quedar claro en ella, era la plasmación de la voluntad de las partes para solucionar sus diferencias por medio del arbitraje. Así se desprende del texto de los propios convenios; el Protocolo de Ginebra, de 24 de septiembre de 1923, se refiere a ella en los siguientes términos: «Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje, deba o no éste tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes está sujeta».

Por su parte, el Convenio europeo de Ginebra, de 21 de abril de 1961, define expresamente los pactos arbitrales.

El artículo 11.1 de la Convención de Nueva York declara: «Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje».

El artículo 11.2 manifiesta que la expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas.

El artículo 1.2 dice: «A los fines de la aplicación del presente convenio, se entenderá por: a) Acuerdo o Compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor».

En el mismo sentido, el artículo 1.1.a de la Convención de Ginebra reconoce el pacto compromisorio.

Las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado intentaban frenar la intervención abusiva del orden público, al disponer que las normas convencionales no puedan ser apartadas en un Estado más que si son manifiestamente incompatibles con el orden público.

alejados del rigorismo de nuestra ley como convenios «contrarios tanto en el fondo como en la forma respecto a lo preceptuado en las leyes» (STS 20 de marzo de 1889). En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 1888, en la que se planteaba un recurso de casación contra la declaración de ser nulo un pacto de promesa de compromiso arbitral de infracción del principio *pacta sunt servanda*.

El artículo 2.b de la convención define qué se entiende por arbitraje: «Arreglo de controversias entre partes, no sólo mediante árbitro nombrado para cada caso determinado (arbitraje *ad hoc*), sino también por instituciones arbitrales permanentes».

Poco a poco la orientación de la jurisprudencia va cambiando. Considerará la cláusula compromisoria como una manifestación de la autonomía de la voluntad, en base al artículo 1255 del cc, a tenor del cual «los contratantes pueden establecer las propias cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público». Y se reconoce su existencia fundamentada en el principio de derecho en materia contractual bajo el principio de *pacta sunt servanda*.

De la existencia de este pacto-convenio se derivaba la necesidad de su cumplimiento, según el artículo 1278 del cc («los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez») y artículo 1089 del cc («las obligaciones nacen... de los contratos») complementado con el artículo 1091 del citado cuerpo legal («las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos»).

Como características de la nueva regulación instaurada por la ley de 22 de diciembre de 1953 se decía que es evidentemente liberal, en el sentido de que toda ella estaba regida por el principio de la autonomía de la voluntad privada como productora de efectos jurídicos,¹⁴⁸ pero, a la vez, establece también un mecanismo rigurosamente formal.¹⁴⁹

Es una ley formalista en todas las fases fundamentales del arbitraje: la de contratación, la de su desarrollo propiamente dicho y la de su consumación, pues se exigía escritura pública para concertar el contrato de compromiso, para la aceptación de los árbitros y para que éstos emitieran su decisión.

La voluntad de las partes es la única causa originadora del arbitraje, bien se instituya por contrato o por disposición testamentaria. Se suprime la clásica distinción entre árbitros y amigables componedores, pues contiene un tipo unitario de arbitraje, si bien con la variante opcional aún existente de subclasificación en arbitraje de derecho o de equidad. Se acentúa la pugna sobre la naturaleza contractual del arbitraje, y se acoge la tesis contractualista debatida por la doctrina, en sede a la naturaleza jurídica del arbitraje.

148 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 40-47.

149 MOLINA CABALLERO, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, 2002: 69-74.

Por último, la ley es de carácter integrador, porque deroga todas las disposiciones antiguas; rigiéndose toda la institución exclusivamente por esta ley, que se aplica a todo el territorio nacional, incluso a las regiones forales; por ello, también las especialidades de éstas, en materias como contratación, cedieron ante esta ley reguladora del arbitraje.¹⁵⁰

Pero la ley se limita a ese derecho privado, emanado de la voluntad de las partes, de carácter netamente patrimonialista y para recalcar esta idea, aclara que las normas que establece sustituyen al Código Civil, al Código de Comercio, a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a disposiciones de esta naturaleza, tanto sobre arbitraje como sobre amigable composición, por lo que sólo comprendía los arbitrajes de los particulares sobre sus derechos privados con arreglo al principio de autonomía de la voluntad,¹⁵¹ pero quedaban fuera los arbitrajes de derecho público. A ello se destina el párrafo segundo del artículo 1, que decía así: «Los arbitrajes ordenados en prescripciones de derecho público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquier otra índole, continuarán sometidos a las leyes por que se rigen».

No cabe duda que existía un derecho internacional que es público, materialmente superior al de Estado y que en el arbitraje detentaba una importancia extraordinaria, tanto para resolver no sólo los conflictos actuales, sino los que potencialmente pudieran surgir. La mayor parte de los Estados habían creado un Tribunal de Arbitraje que, por ser multinacional, pertenecía al derecho público y, por ello, la ley, se decía, no podía afectar en nada los requisitos, procedimiento y efectos de la figura arbitral de estricto derecho internacional que no podían nunca verse afectadas por nuestra ley reguladora del arbitraje privado.

Y respecto a las relaciones de derecho internacional privado, no había más remedio que acudir a los tratados suscritos por España y, fundamentalmente, a los convenios de 1923 y 1961, como se ha dicho.

150 Por eso, si bien los artículos 1820 y 1821 del Código Civil quedaban derogados por esta ley, así como el título V del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sus preceptos no se incardinaron en ninguno de dichos cuerpos legales, sino que esta ley tenía la suficiente sustantividad para regular por sí misma, con carácter total, los problemas que el arbitraje planteaba, según su exposición de motivos.

151 La exposición de motivos de la ley de 1953 dice: «Se dejan fuera de su imperio todos los arbitrajes que no sean de derecho privado», lo cual, se decía, no significaba que no les diera valor ni incluso que, respecto a ellos, no fuera aconsejable una reforma, y que simplemente, se razonaba por la doctrina, su propósito era no confundir este tipo de arbitraje con el arbitraje puro entre particulares, regulado por textos de derecho privado estricto.

4.2.2. Análisis de la Ley de Arbitraje Privado de 1953

Su exposición de motivos¹⁵² gira en torno a tres grandes puntos: la importancia que se le asigna al arbitraje, la deficiencia del régimen jurídico que deroga, y la afirmación que la nueva ley se inspira en criterios de sencillez y eficacia.

Los principios generales se recogen en los artículos 1 a 5; del contrato preliminar de arbitraje se ocupan los artículos 6 a 11; al compromiso se dedican los artículos 12 a 19; a la recepción de los árbitros, del 20 a 25; y al procedimiento arbitral, del 26 a 31. Se recoge así la tricotomía conceptual en que se basa la institución y a la que hemos aludido anteriormente.

Las directrices generales¹⁵³ perseguidas por la ley de 1953 se pueden resumir de la siguiente manera: la acentuación del carácter privado del arbitraje, la operatividad del mecanismo arbitral mediante su pretendida simplificación, y un marcado contractualismo procedimental, o lo que es lo mismo, una ley que hemos caracterizado como acogedora de la tendencia contractualista al enmarcar la institución de arbitraje y su naturaleza jurídica.

152 La exposición de motivos de la ley de 1953 dice: «Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la cruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente estos conflictos de intereses, el derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del Poder público, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social... El derecho vigente español no es ninguna excepción en el conjunto de sistemas jurídicos que aceptan y dan valor a la institución del arbitraje. Prescindiendo de las figuras particulares de ciertos arbitrajes, que no es ahora del caso mencionar, tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, de venerable abolengo ya en el índice de nuestras vigencias legales, se preocupan, con el reparto de materias que pareció más conveniente al pensamiento de la época, de aquella figura por la cual los titulares de un conflicto provocan y aceptan la decisión de terceros que expresamente designan. Ahora bien, esta aceptación de principio no consiguió en nuestra Patria, por desarrollo equivocado del planteamiento del problema, la repercusión bienhechora que teóricamente estaba llamada a producir. No sólo la dualidad de textos planteó algún problema de coordinación, sino que, sobre todo, al no haberse atrevido el legislador a proclamar explícitamente la fuerza expresa y positiva de estas convenciones, se creó una situación dificultosa dentro de la vida real... Para remediar estos inconvenientes sólo una iniciativa era posible, la reforma de las normas vigentes en materia de arbitraje. Esto es lo que se propone la presente ley, en la que se trata esencialmente de mejorar, obviando los inconvenientes surgidos, aquellas dificultades de que antes se hablaba. Dos son los criterios fundamentales que se han tenido en cuenta al proceder a su elaboración: la sencillez y la eficacia en la regulación del arbitraje».

153 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 131-143, 1045-1053.

El arbitraje concebido por la ley de 1953 se encuadra dentro de un marco privatista, como se viene diciendo, y como olvidó la vertiente procesal del arbitraje, incurriendo en un grave desconocimiento de la realidad y, lo que es peor, del estado de la doctrina y la jurisprudencia.

Asimismo, la ley presentaba una fuerte dosis de formalismo, hasta el punto de supeditar la validez y eficacia del arbitraje al cumplimiento de los requisitos rituales que comprendía, como la protocolización notarial.¹⁵⁴

Se hablaba¹⁵⁵ también de una progresiva *iusmercantilización* del arbitraje porque la ley de 1953 configuraba sólo al derecho privado como campo de aplicación del arbitraje.

No obstante, la pieza fundamental de la ley de 22 de diciembre de 1953 lo constituye el contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria, que dotaba de operatividad al mecanismo arbitral,¹⁵⁶ y ello mediante lo que llamaba aquella ley «la formalización judicial del compromiso», consistente en la intervención del juez para obligar a la parte que se niegue, expresa o tácitamente, a cumplir con su convenio primitivo, a estar y pasar por el mismo y, en su defecto, por las declaraciones que el juez emitía en su lugar.

En el régimen anterior, el arbitraje era enormemente ineficaz,¹⁵⁷ dice Guasp,¹⁵⁸ porque estaba reconocido por la jurisprudencia de acuerdo con las exigencias del tráfico. Pero cuando llegaba la hora de abordarla, la cláusula compromisoria se convertía en una especie de perro del hortelano jurídico,¹⁵⁹ que ni litigaba en la jurisdicción especial, ni dejaba litigar en la jurisdicción ordinaria, porque cuando llegaba el momento de hacerla efectiva, la parte que incumplía se negaba a ir a la amigable composición y no había medio jurídico eficaz para que la cláusula compromisoria se convirtiera en compromiso auténtico; y cuando la persona que quería obtener la satisfacción de su derecho intentaba acudir a la jurisdicción ordinaria, se le oponía la excepción del compromiso fundada en la cláusula

154 Los artículos 5 y 16 de la ley de 1953 hacían *ad solemnitatem* la figura arbitral, si bien el requisito de la escritura pública se refería únicamente al contrato de compromiso y no al preliminar de arbitraje, el cual bastaba que fuese extendido en documento privado para que produjese efecto.

155 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 136.

156 Esta previsión consistía en la intervención del juez para obligar a la parte que —después de haber otorgado el contrato preliminar— se negare a formalizar el compromiso.

157 Cfr. *ibid.*: 131.

158 Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*: 37, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 131.

159 Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*: 51, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 140.

compromisoria, que no tenía ninguna eficacia. La cláusula bloqueaba, pues, la vía jurisdiccional ordinaria, y no disponía de ningún medio eficaz para que los árbitros efectivamente conocieran de un cierto problema litigioso. Esto se debía a que la cláusula compromisoria se configuraba como obligación de hacer personalísima; si el interesado no hacía, no daba derecho más que al abono de los correspondientes daños y perjuicios.¹⁶⁰ De esta situación anómala, junto a la escasa elaboración doctrinal de la figura, se deducía la poca importancia práctica y doctrinal que tenía la institución en el régimen del CC y LEC.

Así, en la ley de 1953 se permite acudir al juez para que, en clara obligación fungible, supliera la voluntad rebelde de la parte que se negara a otorgarlo, emitiendo dicho compromiso como condena de hacer.

Afirmaba Guasp en 1956¹⁶¹ que, en general, la Ley de Arbitraje de 1953 había tenido buena acogida doctrinal y práctica, y citaba algunos autores que se habían manifestado sobre la materia en sentido favorable.

Pero han predominado las críticas adversas a esta ley que ha sido valorada, en su conjunto, de forma negativa. En particular, se criticaba la distinción que introdujo entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso (cfr. art. 6) y la prohibición de todo arbitraje institucional (cfr. art. 22), ambas ya aludidas.

Por otro lado, debemos hacer alusión al restringido campo de aplicación de esta ley que hemos esbozado anteriormente. La ley limitaba su regulación a los arbitrajes de derecho privado y los arbitrajes ordenados en prescripciones de derecho público, fuesen internacionales, corporativos, sindicales o de cualquier otra índole, continuaban sometidos a las disposiciones por las que se regían (art. 1), tal y como hemos tratado anteriormente.

La interpretación del artículo 1 suscitaba, entre otras, dos cuestiones importantes: si dentro de la ley estaban comprendidos los arbitrajes que se denominaban impropios,¹⁶² entendiéndose por tales aquellos que, siendo verdaderos arbitrajes, no se ajustaban al modelo legal; y la otra, si las Cámaras de Comercio y colegios profe-

160 Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*: 38, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 132.

161 Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*: 51, apud MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 140.

162 Respecto a los arbitrajes impropios, la ley de 1953 mantiene un criterio permisivo, otorgando al pacto constituyente del arbitraje libre plena obligatoriedad para las partes, si en el acuerdo concurren los requisitos generales para la eficacia del convenio. De la misma manera la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) ya reconoció la validez de las convenciones que, sin atenderse a las prescripciones de la LEC sobre arbitraje, encomiendan a uno o más terceros dilucidar las diferencias entre los contratantes, siempre que la causa de aquélla sea lícita.

sionales, cuando dictaban resolución, no para sus asociados, sino para terceros que se sometían libremente a su decisión, también quedaban fuera de la ley de 22 de diciembre de 1953. Radica aquí la limitada y tan perniciosa concepción del arbitraje institucional, ya incluso en el ámbito del arbitraje doméstico español, en el sentido de que esta ley no sólo no propiciaba este tipo de arbitraje, esencial desde el punto de vista internacional actual, sino que lo prohibía, lo que suponía un gran anacronismo. En todo caso, en este artículo 1, sobre el ámbito material del arbitraje privado, la ley derogaba los artículos 1820 y 1821 del CC, y de la LEC, los artículos 790 y 839, ambos inclusive, y del 2175 al 2177, ambos inclusive, sobre nombramiento de árbitros.¹⁶³ En cambio, no se consideraba derogado el artículo 406 del CC, pues no regulaba arbitraje en sentido propio.

Por ello existía la necesidad de que la ley fuese suplida en sus omisiones por el CC y la LEC. Ejemplo más palpable de la impotencia de la ley de 1953 para agotar todo el contenido del derecho arbitral fue el hecho de tener que promulgarse sucesivas leyes sectoriales reguladoras de técnicas arbitrales (seguros, consumidores, transportes, etc.), que significaban auténticas fugas al rigor conceptual de la ley, una ley incapaz de dar respuesta a las exigencias económicas que se planteaban a los agentes económicos en el tráfico. Podemos citar a modo de ejemplo, el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, que nació para habilitar el arbitraje internacional en las Cámaras Oficiales de Comercio. Finalmente, en este punto, la ley de 1953 se vio parcialmente modificada en sus artículos 28 y 30 por la Ley 34/1984, de Reforma Urgente de la LEC.

Se criticó también su rigidez e inflexibilidad (art. 5), sobre todo, al determinar las materias que debían considerarse susceptibles de arbitraje, al prescindir de toda enumeración, instaurando un criterio general de arbitrabilidad.¹⁶⁴ En función de este criterio, se declararon susceptibles de arbitrio, las materias de derecho privado sobre las que las partes tenían libertad de disposición.¹⁶⁵

163 Añade la doctrina, además, a estas derogaciones expresas, el número 3 del artículo 9 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y la Orden, de 21 de junio de 1934, creando el Consulado de la Lonja de Valencia, en el que se señala, como uno de los fines del Consulado, «la resolución paritaria de las diferencias surgidas en la interpretación y cumplimiento de los contratos de compraventa, para lo cual organizará los Tribunales de amigable composición y arbitraje necesarios a los que previa y libremente se sometan las partes contratantes». Tampoco se debía considerar derogado el arbitraje del derecho canónico por el juego de los cánones número 1930 y 1926, en relación con el 1929.

164 ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, «Examen de la nueva ley de arbitraje», en *Estudios Procesales*, Madrid, Tecnos, 1975: 46 y 47.

165 FERNÁNDEZ SEREZANO, «Sobre los arbitrajes de derecho privado», en *RJC*, 1954: 327-344.

Por su parte, se exigía el rigorismo de la forma *ad solemnitatem* y el unánime consentimiento de las partes, como se ha adelantado. Como puso de manifiesto Almagro Nosete, en más de una ocasión se sacrificó la realidad social en aras de un estatal purismo metodológico —el contrato de compromiso, que necesariamente debía elevarse a escritura pública—, lo que no contribuyó en nada a la evolución del sistema.¹⁶⁶ El único dato que permanecía invariable y sobre el que no se planteaba objeción alguna, era el relativo a la voluntariedad de sometimiento de las partes.¹⁶⁷

Se consideró requisito imprescindible de la institución arbitral la fijación, en el contrato preliminar de arbitraje, de la relación jurídica singularmente constituida entre las partes.¹⁶⁸ Se limitaba así el campo de actuación de los árbitros a estas relaciones jurídicas singulares y se prohibía la intervención de aquellos respecto de relaciones jurídicas complejas.¹⁶⁹

Es criticable también porque se declararon excluidos, del régimen de la ley de 22 de diciembre de 1953, los arbitrajes de derecho público —fueran internacionales, corporativos, sindicales o de cualquier otra clase.

Respecto de los recursos a los laudos arbitrales, se mantuvo el sistema que hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado (LADP) se venía aplicando. Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil había de distinguir entre laudos de derecho y de equidad, admitiendo respecto de los primeros el recurso de apelación, y para los segundos, el de casación.¹⁷⁰

Sin embargo, la ley de 1953, rigurosamente conceptual y técnica, no tuvo la suficiente capacidad de adaptación a las exigencias del tráfico patrimonial y, por otro lado, su formalismo no contribuía a la confianza de los comerciantes en su utilización.

Tampoco las instancias judiciales españolas mostraron, no diríamos interés, sino ni siquiera simpatía, hacia el arbitraje; parece como si consideraran al árbitro un intruso de la función jurisdiccional.

Su extremado formalismo limitó extremadamente el uso del arbitraje entre los agentes económicos hasta dejarlo casi como una pieza de museo inservible,¹⁷¹ así

166 Cfr. «La ejecución del laudo arbitral», en *Estudios nuevos sobre derecho procesal civil* 2, 1988: 162.

167 Cfr. art. 2.1 LADP.

168 Cfr. art. 8.

169 Cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956: 91.

170 Cfr. art. 28 LADP.

171 MEDINA, J.M.C. y MARCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 70-80 *passim*.

se ha dicho que «esta ley nació muerta, inservible, alejada de la problemática real, desconocedora del tráfico jurídico, y desde luego negadora de la propia función del arbitraje frente a la jurisdicción estatal»¹⁷² y que la ley de 1953 «convertía al arbitraje en instrumento inservible, en una figura decorativa y no en algo vivo y fructífero»¹⁷³ e incluso se la ha llegado a denominar «ley contra arbitraje».¹⁷⁴

Pero lo realmente importante a los efectos de este estudio, es el papel adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, que desde mediados de la década de los setenta empezó a dar un giro copernicano a la hora de interpretar el «carácter nacionalista» de la institución arbitral en España. Así, entre otros, marca un hito el Auto de 8 de octubre de 1981 que, tomando como referencia otro de 11 de febrero de 1981, procede a otorgar el «exequátur, dando cumplimiento a la Sentencia de 8 de junio de 1978, dictada en Londres por la Junta Arbitral de la Federación del Comercio del Café».

La nueva Ley de Arbitraje de 1988, que ahora pasaremos a estudiar, aún a costa de dejar algunos puntos en blanco en materia de ejecución de sentencias arbitrales, supuso un importante paso en la consolidación de la tendencia iniciada por el Auto de 8 de octubre de 1981, como tendremos ocasión de exponer.

4.3. Segunda etapa: la Constitución de 1978. El cambio de paradigma: la apertura de España al arbitraje internacional a través de su jurisprudencia

4.3.1. La inicial reticencia en la etapa constitucional. El arbitraje como disyuntiva: poder jurisdiccional vs. jurisdicción convencional

La larga historia del arbitraje en el derecho español tiene una fecha que marca un hito en su evolución.¹⁷⁵ Se trata de su reconocimiento por la Constitución de 1812, dato insólito en el derecho comparado histórico y contemporáneo y aun en nuestra posterior historia constitucional, si se exceptúa el decreto de 16 de septiembre de 1837.¹⁷⁶

172 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981: 285.

173 Cfr. MORENO CATEIRA, «Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje», en *Estudios vascos sobre derecho procesal*, 1988: 192.

174 Cfr. RAMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980: 21.

175 RAMOS, F., *Arbitraje y proceso internacional*, 1987: 95-113, 115-123, 131-153.

176 Cfr. MADRUGA, J.M.C. y MARRÓN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 87.

Se seguía la tesis de Locke y Montesquieu y, en congruencia con esa doctrina, el artículo 17 proclamó solemnemente que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley»;¹⁷⁷ a la vez que se reconocerá el inalienable derecho de los españoles a «terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (art. 280), asignando a las sentencias que dieran los árbitros eficacia ejecutoria, si las partes al otorgar el compromiso no se hubieran reservado el derecho a apelar (art. 281).¹⁷⁸

La Constitución gaditana incorpora una institución con rancio abolengo en el derecho histórico español como es el arbitraje,¹⁷⁹ al que otorga el carácter de derecho fundamental; y lo que trae de nuevo la Constitución española de 1978 fue abrir aún más la posibilidad de que el *ius dispositivum* constituyera el fundamento último donde los ciudadanos pudieran resolver sus conflictos sin sentirse compulsados hacia los juzgados y tribunales. Es, desde este ámbito de la libertad del ciudadano, donde hay que ubicar la época que desemboca hasta la Ley 36/1988, de Arbitraje, frente a la restrictiva ley de 1953 que, tal y como hemos analizado, reflejaba el clima socioeconómico del autarquismo político de ese tiempo, lo que conllevaba su carácter internista, así como importantes limitaciones al desarrollo de la institución en nuestro país. Con razón se dijo que la ley de 1953 era la mejor ley contra el arbitraje.

Frente a esa situación reaccionó la Ley de Arbitraje de 1988,¹⁸⁰ que respondía a los nuevos planteamientos mercantiles de la época, a los que hace frente como norma postconstitucional, desde el respeto a la libertad del individuo.

No obstante, en esta fase constitucional española no faltaron detractores de la institución del arbitraje, que veían en la misma un atentado a la tutela judicial efectiva y, en suma, al poder jurisdiccional de los jueces y tribunales, e incluso se habló de su necesidad de prohibición por ser una jurisdicción especial proscrita por nuestra Carta Magna. Todas estas cuestiones fueron, positivamente, desechadas de nuestra cultura legislativa, como analizaremos seguidamente.

177 Precepto que se volvía a repetir casi literalmente en el artículo 242, con el que comenzaba el título V de la Constitución, relativo a «De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal»; y será ese título del texto gaditano donde, además, se constitucionalizarán una serie de principios de trascendencia importante en el orden judicial: la igualdad de fuero (art. 248), la unidad de Códigos (art. 258), uniformidad procesal (art. 244) y garantía procesal (art. 247), entre otros.

178 MEDINA, J.M.C. y MENCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 49-55 (derecho interno) *passim*.

179 Cfr. *ibid.*, 3ª ed.: 89.

180 LORCA NAVARRETE, A.M., «¿Es posible un derecho vasco del arbitraje?», en *Estudios de derecho vasco de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 10-28.

Frente a esas críticas,¹⁶¹ se decía que la exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución y art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ) se refiere a los diversos tipos de procesos judiciales, y es verdad que el arbitraje no tiene un origen procesal en sí mismo, sino que arranca de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos como sujetos libres, pero que ello no implica renuncia absoluta de las partes a su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, la ley de 1988 regula un sistema de recursos de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y terminación del proceso arbitral en que desemboca el pacto de arbitraje, se ajustará a lo establecido en la Ley.

Si a lo anterior se añade, además, que dicha ley trajo la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que habría de ser interpretado a tenor y a la luz de los valores, principios y normas de nuestra Constitución, se llega a la conclusión de la absoluta adecuación de la Ley de Arbitraje de 1988 con la *norma normarum* del ordenamiento jurídico español.

Fue objeto de crítica doctrinal, hoy superada ampliamente, el que fuera posible superponer la autodeterminación de las partes interesadas ante el poder jurisdiccional de los órganos del Estado. Se hablaba de *iuris dictio* convencional, como manifestación procesal de la autonomía de la voluntad, porque la fuerza que se le atribuía a la institución emanaba de la suprema manifestación del poder de disposición de las partes para dictarse la solución a un conflicto planteado, al que se le denomina laudo. Se habla de *potestas* del árbitro frente al *imperium* jurisdiccional.

Y se ahonda en el hecho de que el arbitraje no suponía sin más el sustituir a los órganos del Estado, o a las decisiones emanadas de esos órganos, por el juicio de un tercero o terceros que, sin ser jueces en sentido técnico, vinculan a las partes con la solución que daban a una determinada controversia —unos contratantes que previamente se habían sometido de mutuo acuerdo al arbitraje—; y, sorprendentemente, fueron justamente los órganos judiciales del Estado quienes acogieron el arbitraje otorgando plena efectividad a las decisiones arbitrales. Por otro lado, se decía, y desde un punto de vista objetivo, que no todo el derecho podía ser susceptible de comprometerse dentro del arbitraje, por lo que, comprensiblemente, existían materias, ya tratadas, que se escapaban a la *iuris dictio* convencional.

Se añadía a todas las anteriores razones que el especial atractivo del arbitraje reside en la simplicidad de su procedimiento frente a la naturaleza de riguroso formalismo que impregna los procesos judiciales.

161 Cfr. MENDOZA, J.M.C. y MENCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 90.

Y el laudo arbitral estaba, y está, dotado del efecto trascendental de ser título de ejecución. Tal ejecutabilidad equipara el laudo a la sentencia judicial, en cuanto que se trata de realizar lo resuelto por el árbitro, pero la ejecutoriedad de lo juzgado, ante el incumplimiento del laudo por la parte vencida, es función indeclinable de la jurisdicción estatal. Se decía que la existencia de importantes rasgos diferenciales entre jurisdicción estatal y arbitraje no supone que sean instituciones antagónicas, sino que, por el contrario, el arbitraje sirve al Poder Judicial porque releva al juez del Estado de entrar en determinadas controversias que las partes, libremente, pueden resolver por arbitraje. Ahora bien, así como el arbitraje puede sustituir al juez en algunas contiendas de materias disponibles, no se hace, sin embargo, eficaz por sí mismo, si no encuentra el apoyo de la potestad jurisdiccional del Estado.

Y se hablaba de la complementariedad, que aún hoy se destaca, entre la institución arbitral y el poder jurisdiccional. La complementariedad se manifiesta en tres ámbitos diferentes en esta etapa, a saber, en el hecho de que si las partes no se hubieren puesto de acuerdo en la designación de los árbitros, a instancia de cualquiera de los interesados, podía resolverse mediante la formalización judicial del arbitraje; en los casos tasados de anulación del laudo instado por la parte que considerase que la sentencia arbitral se hubiere dictado sobre un convenio arbitral nulo o que no se hubieren seguido las formalidades y principios establecidos para el desarrollo del arbitraje, o que el laudo fuere dictado fuera de plazo o que hubiere recaído sobre los puntos no sometidos a discusión o incomprometibles, o que simplemente fuere contrario al orden público, recurso de anulación restringido al poder judicial; y, en lo más importante, en el aseguramiento de la plena efectividad del laudo una vez que fuera firme, ya que los árbitros carecen de fuerza ejecutiva o coactiva propia de la jurisdicción y el juez.

Y todo lo anterior en plena consonancia con el apartado primero del artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos»; y en el apartado segundo del precepto, el cual establece el derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas». Porque no faltaron, en su época, quienes abogaban que el arbitraje obstaculizaba el derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Carta Magna; si bien, antes contrario, podemos constatar que la vía extrajudicial del arbitraje constituye una manifestación del referido derecho fundamental, implícita en su tenor, el de poder escoger —dentro de lo posible— la vía de resolución de controversias más conveniente entre las partes.¹⁸²

182 En definitiva, quienes formalizan de mutuo acuerdo un convenio arbitral, lejos de renunciar

Con todo, cierto sector doctrinal sostenía que esta constituía una jurisdicción especial; posibilidad que viene prohibida en virtud del artículo 117.3 de la Constitución.¹⁸³

En la propia exposición de motivos de la ley de 5 diciembre 1988 se declara que «el arbitraje no implica una renuncia a la tutela judicial, lo que se pone de relieve en el solo hecho del sistema de impugnación del laudo».¹⁸⁴

De hecho, en algunos países, la conveniencia o no de dar contenido constitucional al arbitraje originó importantes debates con el sólo intento de conciliar las concepciones extremadamente jurisdiccionalistas con el arbitraje como jurisdicción convencional. Situación a la que no se llegó en España, al elaborarse el texto de la Carta Magna, al reconocer la libertad individual como un *prius* lógico en cuanto que valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) que antecede a cualquier formalización procesal de la justicia y en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho con sujeción a su concreta ordenación legal.¹⁸⁵

Se llega a la conclusión, en dicha jurisprudencia, que el arbitraje no pugna, sino que, por el contrario, es conforme a la Constitución, y ésta, a su vez, posibilita el arbitraje a través del derecho fundamental, cual es la libertad (arts. 1, 9.2 y 17 CE).

No hemos de olvidar, además, las críticas, hoy también ampliamente superadas, sobre la discusión referente a que el arbitraje era un modelo de reserva de jurisdicción, prohibida por el artículo 117 de la CE en relación con el artículo 24. Se decía que la reserva de jurisdicción excluye a los particulares a ostentar potestades jurisdiccionales. Y ciertamente es así, lo cual no impide la existencia de la

a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, se limitan a ponerse de acuerdo para utilizar una vía alternativa al proceso estatal, lo que es el reflejo de la libertad que, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico aparece consagrada en el artículo 1.3 de la Constitución. En este sentido se pronuncia la STS de 9 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6899) que dice: «El derecho de todo ciudadano a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje».

183 Téngase en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que «tanto el laudo arbitral como la sentencia judicial son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia y cuya función consiste en garantizar la paz social» (Auto del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1993).

184 Pese a ello, no deben ignorarse los recelos de un sector del poder judicial frente a un sistema que, como el del arbitraje, cobra cada vez más raigambre para resolver litigios en el mundo de los negocios.

185 Cfr. STC 99/1985, 50/1990, 149/1995 y 176/1996, por todas.

institución arbitral, ya que el árbitro no despliega en su función un mandato jurisdiccional sino que el laudo dictado por él produce un efecto de equivalencia jurisdiccional, tal como lo tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 43/1988, 62/1991, entre otras). Es decir, el árbitro no forma parte institucional del Estado ni el arbitraje es en sí mismo una función u órgano de los poderes del Estado.

El proceso arbitral es, desde la Ley 36/88, de 5 de diciembre, un proceso especial ajeno a la jurisdicción ordinaria, cuyo efecto de equivalencia jurisdiccional sólo puede producirse cuando las partes intervinientes en el mismo: a) se sometan libre y voluntariamente al convenio arbitral; b) que el objeto de la controversia sea arbitrable;¹⁸⁶ y c) que el arbitraje se tramite bajo las garantías de igualdad de partes, audiencia, contradicción y prueba. El cumplimiento de estas condiciones determina el efecto de equivalencia jurisdiccional, que hace que no sólo el laudo produzca efectos idénticos a la cosa juzgada, sino que, al ser el arbitraje un proceso especial diferenciado de la jurisdicción estatal, los órganos judiciales de esta última incurrir en extralimitación jurisdiccional si, una vez dictado un laudo, realizan cualquier tipo de conocimiento sobre el fondo de la controversia ya resuelta en el arbitraje. O dicho de otra manera, la decisión arbitral no puede ser controlada judicialmente por errores de derecho o hecho, sino sólo por razones extrínsecas propias y tasadas de anulación y a través del específico recurso de anulación a que se refiere el artículo 41 de la LA de 2003.

4.3.2. El cambio de paradigma: el desmantelamiento jurisprudencial del «carácter nacionalista» de la institución arbitral en España. La apertura de España al arbitraje internacional a través de su jurisprudencia

El largo periodo que va entre ambas leyes, esto es, desde 1953 a 1988, estuvo marcado por la necesidad de contar con una nueva Ley de Arbitraje que adecuase nuestro ordenamiento arbitral a su contexto socioeconómico.¹⁸⁷ Muchos fueron los anteproyectos manejados por la Comisión General de Codificación, sin que ninguno de ellos obtuviera el necesario acuerdo del Consejo de Ministros remitiendo a las Cortes el proyecto de ley correspondiente.

186 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 57-59.

187 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 148.

La necesidad de cambiar de modelo legislativo arbitral se mostraba urgente con la entrada en vigor de la nueva Constitución española de 1978, que establecía un nuevo modelo de libertad individual, hasta entonces desconocido en nuestro país.

Asimismo, y como efecto precisamente de la Constitución de 1978, el Estado español ratificó, como hemos tenido ocasión de tratar en el punto anterior, a finales de los años setenta, el Convenio de Nueva York, sobre ejecución de laudos extranjeros en España, circunstancia positiva que coincidía casi en el tiempo con el cambio de régimen político y el consiguiente desarrollo legislativo de la Carta Magna.

Siguiendo a Medina y Merchán,¹⁸⁸ podemos denominar esta fase como de desmantelamiento de la anterior línea jurisprudencial y de progresivo asentamiento de la Convención de Nueva York. El Tribunal Supremo, en la nueva perspectiva, rechaza las alegaciones casi rituales sobre rebeldía, la falta de poder, orden público, ley aplicable, etc., que eran ya clásicas y semiautomáticas en el derecho de exequátur anterior al Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981.

El Auto de 11 de febrero de 1981 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al que han seguido otros Autos sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, tuvo el mérito de aplicar, por primera vez, la Convención de Nueva York, marcando las pautas de una correcta aplicación de este régimen convencional, empezando así a situar al arbitraje internacional en sus propios confines.

Tácitamente, se reconoce el sistema dual de fuentes, esto es, la Ley de Arbitraje Privado (LAP) de 1953 en el plano doméstico, y el derecho de las convenciones en el plano internacional, al impedir que la LAP, rectora de los arbitrajes en el plano interno, se ejerciera fuera del ámbito de aplicación que le era propio. Ningún principio ni contenido de esta ley, ni de otras cualesquiera, puede prevalecer sobre el ordenamiento internacional.

El Auto de 1981 significó, entre otras cosas, la admisión de principios tales como la interpretación restrictiva del orden público, la autonomía de la voluntad en la decisión del derecho aplicable al procedimiento, la validez y eficacia de la cláusula compromisoria inserta en el contrato principal (al menos como presupuesto de validez y eficacia del laudo arbitral), el reconocimiento del arbitraje institucionalizado, etc.¹⁸⁹

188 MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 86-100, 148-149 *passim*.

189 SABATE, L.M., *jurisprudencia arbitral comentada*, STS 1981-1991, 1992: 27-37, 143-172, 201-204, 243-249, 261-264, 367-377, 383-404, 425-427, 433, 505-534.

A entender de la doctrina,¹⁹⁰ todo ello alentaba, no sólo la separación real de las regulaciones sobre arbitraje, en sus aspectos interno-internacional, sino la confrontación entre el obsoleto derecho interno español de 1953 y de otro, el internacional, muy distinto en su evolución por las legislaciones de nuestro entorno.¹⁹¹

Resultaba cada vez más necesario situar en el mismo plano la Ley de Arbitrajes Privados española de 1953 con el derecho positivo de las convenciones internacionales en materia de arbitraje, y fue con la ley de 1988 cuando la internacionalización del arbitraje tomó definitivamente carta de naturaleza, a la vez que solventó gran parte de las lagunas de la antigua ley, pero no todas, como analizaremos. La situación de duplicidad de normativa para el ámbito interno y externo era realmente insostenible. A partir de ahí se inicia en nuestro país una etapa de progresivo desmantelamiento de un régimen de arbitraje internacional al lado de un régimen exclusivamente aplicable al arbitraje interno propiciado por la línea del Alto Tribunal marcada tras 1981.

La característica fundamental de esta etapa en la evolución vino marcada, como decimos, por la admisión en nuestro derecho de una concepción dualista real del arbitraje. Es decir, el otorgamiento de carta de naturaleza al arbitraje privado internacional como sistema derogatorio del derecho interno o común, en función de la específica naturaleza de este último.

Pero lo realmente importante fue el papel adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, que desde mediados de la década de los setenta empezó a dar un giro copernicano a la hora de interpretar el «carácter nacionalista» de la institución arbitral en España. Así, entre otros, marca un hito el consabido Auto de 8 de octubre de 1981, que tomando como referencia otro de 11 de febrero de 1981, procede a otorgar el «exequátur que se postuló, dando cumplimiento a la Sentencia de 8 de junio de 1978 dictada en Londres por la Junta Arbitral de la Federación del Comercio del Gafi».

A partir de estas decisiones se produce un desmantelamiento de la anterior línea jurisprudencial y un progresivo asentamiento de la Convención de Nueva York. El Tribunal Supremo, en la nueva perspectiva, rechazaba las alegaciones casi rituales sobre rebeldía, la falta de poder, orden público, ley aplicable, etc., que eran ya clásicas en el derecho de exequátur anterior al del Tribunal Supremo

190 Véase MEDINA, J.M.C. y MERCIÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 86-100, 148-149 (derecho interno).

191 *Estudios de derecho vasco de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 10-28.

de 11 de febrero de 1981. Todo ello alentaba aún más la confrontación entre los dos sistemas jurídicos imperantes.

A la par, la evolución del derecho de arbitraje en países de nuestro más inmediato entorno, contrastaba de manera vergonzosa con nuestra situación, por lo que fue una exigencia comenzar la reforma de la LAP de 1953 para resituarla en el contexto del derecho de arbitraje internacional, mucho más avanzado; algo que se llevó a cabo, finalmente, por la ley de 1988.

La Ley de Arbitraje de 1988, aún a costa de no tratar materias como la importantísima sobre la ejecución de sentencias arbitrales, supuso un gran paso en la consolidación de la tendencia iniciada por el Auto de 8 de octubre de 1981, que admitió sin reparos la ejecución de un laudo «extranjero», tendencia continuada por la Ley 36/1988 y llevada hasta sus últimas consecuencias en la Ley 60/2003 (art. 46), como tendremos ocasión de examinar posteriormente.

Quedaban todavía, no obstante, zonas oscuras y lagunas no colmadas, como para hablar de un arbitraje internacional autónomo y derogatorio del aplicado por el derecho común, un arbitraje internacional autónomo que sólo la promulgación de una ley nacional de arbitraje podría traer.¹⁹²

4.4. Tercera etapa: la existencia de un arbitraje netamente internacional diferenciado del interno o doméstico; España como ordenamiento jurídico dualista. La Ley de Arbitraje de 1988

4.4.1. Antecedentes legislativos de la ley de 1988

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, si bien trataba de corregir las deficiencias de la ley de 1953, propició una visión de naturaleza mixta del arbitraje, tanto contractualista como jurisdiccionalista, e incurrió en otros tantos aspectos negativos, que rápidamente la hicieron objeto de crítica por doctrina y jurisprudencia.¹⁹³

192 ÍÑIGO DE LANDECHO Y URQUIJO, «Arbitraje única vía posible a la desjudicialización de los juzgados y tribunales vascos. La propuesta del Centro Vasco del arbitraje dependiente del Círculo Vasco de Arbitraje (proyecto de Ley 1988)» y MORENO CATENA, VÍCTOR, «Análisis crítico del proyecto de LA 1988», ambos en *Estudios de derecho vasco de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 30-47 y 192-201, respectivamente.

193 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1053 y 1054.

La reforma de la ley de 1953 había sido reivindicación unánime de la doctrina desde casi su promulgación,¹⁹⁴ con la nula actividad de los poderes públicos como respuesta, que se inclinaron por una política convencional en el tratamiento del arbitraje internacional, esto es, de mera incorporación de la Convención de Ginebra y la de Nueva York a la ley de 1953, postergando el proceso de reforma interno tan necesario.

La Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánicas de la Justicia, había reconocido el arbitraje, por lo que cabía esperar un tratamiento uniforme y actualizado en nuestra ley adjetiva y en el derecho sustantivo.

La Comisión General de Codificación había elaborado en 1975 un estudio sobre una ley de arbitraje comercial, cuyo resultado fue un anteproyecto en el que dedicaba un capítulo entero al arbitraje internacional. Las líneas generales de este anteproyecto eran las siguientes: regulación del arbitraje comercial internacional en función de la reserva que nuestro país había formulado en el instrumento de ratificación del Protocolo de Ginebra de 1923; reconocimiento del arbitraje institucionalizado a través de un organismo permanente; régimen especial para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros como derecho especial respecto de los artículos 951 y siguientes de la LEC.

El anteproyecto de ley sobre arbitraje privado no pasó de ahí.

Habiéndose dejado atrás la vía de la reforma global de la Ley de Arbitraje Privado de 1953, se pasa después a la reforma parcial de la misma, concretamente en los aspectos relacionados con el arbitraje internacional. A ello contribuyó una proposición de ley del Grupo Popular durante la primera legislatura. Además, un Real Decreto, de 22 de mayo de 1981, habilitaba a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para crear el oportuno servicio en relación con aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje concertados entre personas físicas o jurídicas que contasen con residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados. El Consejo Superior de Cámaras, haciendo uso de esta autorización genérica, creó la Corte Española de Arbitraje con la vocación de administrar arbitrajes internacionales.

Finalmente, el 27 de diciembre de 1987, el Gobierno envía a las Cortes el Proyecto de Ley de Arbitraje que, tras los trámites preceptivos, fue aprobada; el texto legal definitivo se publicó en el BOE de 7 de diciembre de 1988, número 293.

194 LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, 1989: 33-37, 53-56, 64-11.

4.4.2. España se abre al arbitraje internacional; existencia de un arbitraje netamente internacional diferenciado del interno o doméstico

La nueva Ley de Arbitraje se hacía eco,¹⁹⁵ ya desde la exposición de motivos, de la necesidad de sustituir la ley de 1953, algo reclamado tan ansiadamente. Tras reconocer el «innegable avance» que supuso la LAP de 1953, le reprocha a continuación el «no servir para solucionar, mediante instrumentos de composición arbitral, las controversias que surgen en el tráfico mercantil, y menos aún las que surgen en el tráfico mercantil internacional».

La Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, puso punto final a una situación marcada por la vigencia de la Ley de Arbitraje Privado de 1953, al regular por primera vez, en un texto legislativo, el arbitraje internacional.

El contenido de la nueva ley se estructuraba en diez títulos.¹⁹⁶ Los ocho primeros conformaban el derecho común del arbitraje, válido tanto para arbitrajes internos como internacionales. El título IX y el título X reflejaban la especialidad del arbitraje internacional: en el primer caso, respecto del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros; en el segundo, con normas de derecho internacional privado de aplicación por los árbitros en un arbitraje disciplinado por la nueva ley.

En orden al ámbito intertemporal, se está ante una retroactividad de la ley de segundo grado, y establece su disposición transitoria que, salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta ley se rigen por las disposiciones contenidas en la misma.

La nueva ley tiene, dicho en otras palabras, efecto retroactivo de segundo grado: obra hacia atrás —irretroactividad— para las cláusulas y convenios que se hubiesen celebrado antes de la entrada en vigor de la ley, pero sin que se haya iniciado el procedimiento arbitral.

Y respecto al ámbito de aplicación territorial¹⁹⁷ de la Ley 36/1988 es, conforme a lo expuesto, todo el territorio nacional. Ninguna especialidad foral puede contradecir ni derogar sus preceptos: se trata de una ley de general aplicación en todas las autonomías del Estado.

195 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHANT, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1055.

196 *Comentario breve a la ley de arbitraje*, 1990: 15-43 (disposiciones generales, ley de 1988), 75-112 (árbitros), 113-158 (procedimiento), 159-194 (laudo), 309-329 (normas de derecho internacional privado).

197 *Ibid.*: 160.

Se reconocía el principio de autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, tanto al procedimiento como al fondo; y se exigía, conforme al artículo 10.5 del Código Civil, algún grado de conexión entre la ley aplicable y la controversia objeto de arbitraje, «a fin de evitar que por la vía del arbitraje se produzca lo que se ha dado en llamar la fuga del derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales».¹⁹⁸

Así, la nueva Ley de Arbitraje suponía un notable avance respecto del sistema anterior.¹⁹⁹ Se hacía eco, al menos, del deseo de situar nuestro ordenamiento jurídico en la onda de las corrientes internacionales del derecho y la práctica del arbitraje, introduciendo los logros de los países más adelantados en la regulación del arbitraje y colocándolo en el marco de los instrumentos del derecho internacional de mayor proyección.

Introdujo avances, como la unificación de cláusula compromisoria y compromiso como modalidades del convenio arbitral, en sus efectos y, en buena parte, en su contenido; el reconocimiento, por fin, del arbitraje institucionalizado, sin el que es difícilmente concebible hoy en día el arbitraje internacional, e incluso el arbitraje a secas; la reducción de los controles e intervenciones de los tribunales estatales favoreciendo la autonomía y autosuficiencia del arbitraje; la eliminación de la revisión de fondo, suprimiendo el bochornoso recurso de casación para los arbitrajes de derecho, la atribución de eficacia directa al convenio en su vertiente procesal y sustantiva; el establecimiento de un régimen autónomo de ejecución de laudos, abandonando de manera definitiva el sistema de analogía y los regímenes de reciprocidad y el supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la posibilidad de obtener un específico proceso de arbitraje, etc.

Se defendía que era necesaria una buena ley para lograr la expansión de la técnica arbitral en nuestro país, pero al propio tiempo no se debía olvidar que, además, hacía falta conciencia, instituciones y árbitros.

198 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., 1991: 43-45, 80-100 (derecho interno), 412-414, 452-461 (derecho internacional).

199 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, 1991: 28-39, 51-56, 71-74, 77-82, 91-93.

4.4.3. El nuevo régimen dualista internacional que instaura la Ley 36/1988, de Arbitraje

Los rasgos más sobresalientes²⁰⁰ del nuevo régimen internacional, que se instauran con la LA de 1988 pueden esbozarse como sigue:

Queda establecido un régimen dual de regulaciones de arbitraje: uno para el derecho interno o doméstico y otro para el arbitraje internacional. El primero, núcleo duro del derecho común. El segundo se configura como un régimen especial respecto del ordenamiento común. El arbitraje internacional comprende el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y la determinación del derecho aplicable a cada uno de los componentes de la operación arbitral cuando concurren elementos de extranjería. La singularidad del derecho internacional del arbitraje, en lo que concierne al reconocimiento y ejecución de laudos provenientes del extranjero, radicaba en el establecimiento de un régimen de derecho común, subsidiario del régimen convencional. Y en lo que respecta a las normas de derecho internacional privado especial, para el arbitraje internacional con elementos de extranjería, la ley utiliza la técnica conflictualista, mediante conexiones para cada uno de los elementos de la relación arbitral, que remiten a leyes nacionales. Por su parte, el principio de autonomía de la voluntad es reconocido, aunque con limitaciones, en la organización del procedimiento y como conexión principal para la determinación del derecho aplicable al convenio y al fondo.

El sistema diseñado²⁰¹ por la Ley de Arbitraje para el arbitraje internacional suponía el reconocimiento de un régimen dualista, esto es, regulación especial para el arbitraje con elementos de extranjería. Pero esta especialidad no traspasaba el mero esquema conflictual y consistía en algunas normas diferentes del derecho conflictual común, contenidas en el título preliminar del Código Civil, y que afectaban la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral (art. 60), la validez y eficacia del convenio (art. 61)²⁰² y el derecho aplicable al fondo por los árbitros (art. 62). En lo demás, se estaría a lo que determinara el régimen común (art. 63).²⁰³

200 MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1055 y ss.

201 Cfr. *ibid.*: 1058.

202 REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, 1991: 47-63.

203 BENCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje*, 1991; comenta la ley de 1988 artículo por artículo comparándola con las leyes anteriores.

Respecto al reconocimiento del arbitraje internacional, como factor de cooperación y coordinación entre ordenamientos, se establecían normas —en defecto de tratados— para la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (título IX). Estas normas eran a su vez específicas del arbitraje, aunque se llevaran a cabo mediante los trámites establecidos en la legislación procesal civil para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros (art. 58).²⁰⁴

Se le critica el no constituir realmente un régimen propio del arbitraje internacional; la escasa justificación de la existencia de un régimen de reconocimiento y de ejecución de laudos extranjeros, subsidiario del régimen convencional; la falta de proyección internacional en el sistema del arbitraje con elementos de extranjería, o extranjero, y, sobre todo, el tratamiento de las conexiones establecidas, y a su alcance efectivo. Por todo ello, existían legítimas dudas acerca de la operatividad general del sistema que instauró la LA de 1988, en comparación con leyes nacionales de países de nuestro entorno, reglamentos de centros y organismos internacionales y de la jurisprudencia extranjera, imperantes ya incluso en dicha época.

En la configuración del arbitraje internacional, la ley regula el arbitraje simplemente extranjero, a través de su más fuerte manifestación —el laudo—, junto al arbitraje internacional o, se dice, el arbitraje con elementos de extranjería, para el que se dictan normas especiales de derecho internacional privado, por lo que el paso dado por nuestro ordenamiento fue corto y en ocasiones errado, cuando no inoportuno, o simplemente innecesario.

En cuanto al arbitraje extranjero, el título IX se dedica a la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros. Se aplicaría conforme a los tratados internacionales que formaban parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente ley (art. 56.1).²⁰⁵ Existían, pues, dos regímenes de ejecución de laudos extranjeros:²⁰⁶ principal, el régimen convencional en base a tratados bilaterales o multilaterales en vigor y, fundamentalmente, la Convención de Nueva York de 1958; y subsidiario, el sistema de la ley nacional, que se configuraba a la vez como específico de los laudos (sin remisión a la analogía con la sentencia judicial) y único (se eliminan los regímenes de reciprocidad y supletorio de la LEC).²⁰⁷

204 LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la ley de arbitraje con formularios y jurisprudencia*, 1991.

205 MUÑOZ SABATÉ, L., *Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, Arbitraje, mediación, conciliación, 1995: 195-211, 215-244 (procedimiento arbitral, M^o del Carmen Calvo Sánchez).

206 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, *La ejecución de laudos arbitrales*, 1996: 37-64, 65-67, 83-99, 112-119, 125-172, 182-202, 204-211.

207 LORCA NAVARRETE, A.M. y SILUELO ESTAGNAN, J., *Derecho de arbitraje español*, 1994: 29-53, 131-152, 155-158.

El criterio para la calificación de la extranjería del laudo era simple: era laudo extranjero el que se pronunciaba en el extranjero.²⁰⁸ Importaban poco otros criterios, y menos el de la ley de procedimiento aplicado. La delimitación geográfica era suficiente para atribuir a un laudo el carácter de extranjero o doméstico. Un criterio simplista, innecesario e insuficiente.

Era innecesario, por cuanto el criterio geográfico o territorial coincide exactamente con el criterio de la Convención de Nueva York (art. 1.1),²⁰⁹ a la vez que era innecesario el título IX de la ley, que, por dicho mismo motivo, quedaba inaplicado. Y era insuficiente por cuanto el legislador español perdió una oportunidad única para completar y desarrollar la Convención de Nueva York que había ratificado y sobre dos cuestiones muy importantes, el completar la laguna de su articulado sobre el efecto procesal del convenio arbitral, y respecto a la calificación de una sentencia arbitral como no doméstica, para incluirla en su ámbito de aplicación, explicitando el criterio alternativo del artículo 1.3, porque la LA de 1988 no mencionaba ningún criterio subsidiario de calificación y agotaba, desde el punto de vista legislativo, el contenido del artículo 1 del Convenio de Nueva York. Frente al juez español sólo serán considerados laudos extranjeros los dictados fuera del territorio español.²¹⁰

Ante el silencio del legislador en cuanto a la formación de un criterio subsidiario de extranjería del laudo, sólo cabrían tres posturas que se desarrollan por la doctrina:²¹¹

1. Sólo los laudos dictados fuera de España son extranjeros o no domésticos, con la aplicación de la ley a los arbitrajes y laudos dictados en España, ejecutándose éstos, pues, siempre como sentencias internas (salvando la especialidad del título IX de la ley), considerando que los laudos dictados en España sin

208 CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 35-45, 77-148.

209 El hecho que, por las razones que fueren, España no ejerciera en el momento de ratificación ninguna de las reservas —las llamadas de reciprocidad y comercial— ofrecidas por el tratado, hace aplicable la Convención de Nueva York a todos aquellos laudos que se dictan fuera de nuestras fronteras, provengan o no de un país parte en el Convenio. En estas condiciones resulta difícil la aplicación del derecho nacional a la ejecución de laudos extranjeros, habida cuenta de que difícilmente será considerado como más favorable, según tiene establecido el artículo VII de la Convención de Nueva York, único supuesto en que el derecho nacional primaria sobre el convencional por expresa autorización de éste, y a elección del solicitante del exequátur.

210 Con ello se escapa la oportunidad de dar cumplida solución legislativa a un importante problema relativo a la consideración como laudo no doméstico, a los efectos de aplicación del Convenio, al dictado dentro del territorio español y que no puede ser considerado como doméstico.

211 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MENCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1058.

- sujeción a esta ley, sólo tendrán la eficacia que la propia ley les asigna (art. 3). Esta primera postura se apoyaba en una interpretación estricta de la ley, con reminiscencias de la de 1953, lo que en nada favorecía a la apertura de nuestro país ante las relaciones internacionales de comercio de nuestro alrededor.
2. Considerar que, por el juego combinado de otras convenciones, y concretamente la de Ginebra de 1961, interpretada como complementaria de la de Nueva York por la jurisprudencia, es posible extender el ámbito de aplicación de aquella, para cubrir los laudos dictados en España entre personas de nacionalidad o residencia diferente, en operaciones de comercio internacional y resto de circunstancias con elementos de extranjería. Lo criticable de esta postura, es que no se podría ir más allá de lo establecido por el propio Convenio europeo de Ginebra, respecto de su ámbito de aplicación.
 3. Considerar, finalmente, que el legislador español no había agotado la posibilidad de que nuestro derecho considere como no domésticos los laudos dictados en España y que se elevaran a criterios relevantes de internacionalidad. Esta concepción se basaba en una esperanza real de la doctrina en los poderes judiciales y su labor en la apertura del arbitraje internacional puro en nuestro país, algo que, por otro lado, ya hicieran en la etapa a la que nos hemos referido sobre desmantelamiento de nuestra autarquía «arbitral» en la década de los ochenta; fue este poder judicial el motor de la evolución positiva de la institución, en su vertiente internacional, en los países más punteros en la materia, de nuestro entorno.

Añadidamente, el ordenamiento nacional era insuficiente, además, porque, establecida en convenios bilaterales o multilaterales de tipo general, la ley no contiene precepto que regule de manera alguna la ayuda o intervención de los tribunales en un arbitraje en curso.

Si la vieja Ley de Arbitraje Privado de 1953 merecía una crítica unánime²¹² que lamentaba su total desconocimiento del arbitraje internacional,²¹³ el arbitraje

212 CREMADES, A., *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975; *idem*, *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro», en RCEA, 1986; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español», en *Anuario de derecho internacional*, 1975: 3 y ss.; RAMOS MENDOZA, F., «Les clauses d'arbitrage international et leur lien avec le droit espagnol», en *Rev. Arb.*, 1982; REMERO BRATÓNIS, A., *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980.; y MEDINA, J.M.C. y MIERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1ª ed., 1978, apud *idem*, *Tratado de arbitraje...*, 3ª ed.: 1059.

213 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MIERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1059 y 100.

internacional de esta ley de 1988, en su faceta de ordenamiento singular y derogatorio del derecho común del arbitraje, en clara visión de apertura al arbitraje internacional comercial de dicha época, lo seguía desconociendo, porque la regulación era común para ambos tipos de arbitraje, dejando aparte el régimen convencional cuando fuere de aplicación; ello impedía que nuestro país pudiera ser considerado como un foro de conveniencia para arbitrajes internacionales en España, ni fuera de ella, cuando la ley española fuera de aplicación.

Se decía por la doctrina que eran las propias normas de conflicto de la ley, basadas en la concepción del derecho internacional privado tradicional, las que impedían considerarla como de las progresistas del derecho internacional privado del arbitraje. La ley se apoyaba demasiado en el sistema conflictualista, ya superado, en detrimento de una concepción más ágil del derecho internacional privado y de normas de carácter material. Además, criticaban que las conexiones conflictualistas eran inoportunas, no sólo por su número (demasiadas conexiones en cascada, algunas de ellas escasamente operativas o simplemente innecesarias) y su inadecuación al medio (sobre todo en cuanto supone restricción a la autonomía de la voluntad de las partes y correlativamente a los poderes de los árbitros en la aplicación del derecho al fondo), sino además por su nomenclatura obsoleta y su enumeración desordenada. Por todo lo anterior, sostienen estos autores,²¹⁴ no cabe hablar de la institucionalización de un sistema dualista en sentido propio; esto es, regulación especial y derogatoria del arbitraje internacional respecto del interno, como puede ser el sistema seguido con intensidades diversas por ordenamientos como el francés, belga, inglés, norteamericano o suizo de la época.

No existían normas especiales de carácter material propiamente del arbitraje internacional, sólo se trataba de normas de conflicto especiales de fases concretas del proceso arbitral: capacidad de las partes (art. 60); validez y efectos del convenio (art. 61);²¹⁵ o derecho aplicable al fondo (art. 62), con remisión en las demás cuestiones al sistema conflictual de derecho común (art. 63).

Lo que provocaba, por una parte, la inexistencia de normas tan necesarias como la capacidad del Estado para comprometer la autonomía de la cláusula en todas sus consideraciones, especialmente en el aspecto conflictual, y un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad, etc., y, por otra, la inconveniente aplicación del derecho común del arbitraje como al régimen del arbitraje

214 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 1056.

215 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral, el proceso arbitral y su impugnación*, 1996: 1-57, 119-135, 184-421.

internacional (poderes de los árbitros, modelización del procedimiento arbitral, limitación de la ley de autonomía, derecho aplicable al fondo, causas de anulación por motivos de orden público interno y no internacional, etc.).

4.4.4. Las innovaciones introducidas en el ordenamiento español por la Ley 36/1988, de Arbitraje

Muchas de las lagunas de la ley de 1953 fueron salvadas con buen tenor por la nueva regulación del arbitraje privado operada en España en esta época, lo que sin duda fue un avance muy importante.²¹⁶

Las innovaciones de la nueva ley pueden concretarse, entre otras, en las siguientes:

Hemos señalado más atrás cómo se decía que la ley de 1953 estaba henchida de un excesivo vigor formal y conceptual, al ser tributaria de un exacerbado contractualismo doctrinal. La nueva ley, en cambio, ni siquiera define lo que era el arbitraje (arts. 1. y 10.2), y tomando como punto de partida la autonomía de la voluntad, esta ley de 1988 descarga a la institución de formalismo y conceptualismos, para instaurar la plena libertad formal para otorgar el convenio arbitral eficazmente siempre que en él concurren los requisitos necesarios para la validez, aceptándose el pacto arbitral incluso cuando resulte del intercambio de cartas, telegramas, télex o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.2 LA).

La extravagante distinción entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso, que efectuaba la ley de 1953, queda definitivamente superada y se acoge a un único convenio arbitral.

Este espíritu abierto y antiformalista de la nueva ley fue fruto de su inspiración en los convenios internacionales, a saber, de la doctrina en la materia²¹⁷ (Convenio sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, Convenio de Nueva York de 1958, entre otros) y sobre todo en el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas en Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

216 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MARCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 150.

217 Cfr. *ibid.*: 151.

También suprime la prohibición del pacto de deferir a un tercero la designación de los árbitros (art. 9.2 y 10), por la influencia de las convenciones multilaterales (Convenio de Nueva York de 1958, art. 1.2; Convenio Europeo de 1961, art. 1, párrafo II; Acuerdo de Partes de 1962, párrafos 2 a 7) y del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI) (art. 2).

Se permite hablar ya de un arbitraje libre o irritual, tolerado por la jurisprudencia durante la vigencia de la LEC (sentencias de 31 de mayo de 1927 y 28 de diciembre de 1928), pero prohibido por la ley de 1953.

La libertad formal en el convenio arbitral en la nueva ley autoriza a celebrar arbitrajes no *contra legem*, pero sí *practer legem*; la forma deja de ser constitutiva para la validez del convenio arbitral para transformarse en meramente declarativa. En este sentido, el artículo 3 condiciona la simple eficacia del arbitraje al hecho de que deba ajustarse a las prescripciones de la ley, otorgando presunción de validez a todo acuerdo arbitral en el que concurran los requisitos necesarios para la validez de un contrato; esto es, los requisitos del artículo 1261 del CC.

El principio de libertad de forma²¹⁸ produce, además, la consecuencia de que el convenio arbitral pueda o no estar incorporado como cláusula al contrato principal o pueda hacerse en documento separado; incluso que pueda infundirse de un intercambio de cartas, telegramas o cualquier otro medio de comunicación en el que pueda quedar constancia de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje.

Entre otros defectos, la ley de 1953 contenía una serie de puntos críticos en el procedimiento que establecía, como para la rebeldía unilateral, el silencio respecto a la obligatoriedad de notificar el laudo por parte del árbitro, la ausencia de medidas cautelares, etc., y, respecto del ámbito internacional, la ineficacia de los laudos dictados en el extranjero, que dejaban sin efecto al arbitraje no visto desde la óptica doméstica, así como el exagerado y automático internismo en el reconocimiento del arbitraje internacional con los que nos encontramos casi mecánicamente en España hasta el cambio de paradigma propiciado por la jurisprudencia de los años ochenta.

Todos esos puntos criticables se subsanan con esta ley, ya que en cuanto a la rebeldía unilateral, no salvada por la ley de 1953, avanza cualitativamente en su solución. Conforme con la nueva ley, la inactividad de cualquiera de las partes no

218. Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 159.

impedirá que se dicte laudo ni queda privado de eficacia, siempre que los árbitros hayan notificado de manera fehaciente a las partes la iniciación del proceso arbitral (art. 22).

En cuanto a la adopción del laudo arbitral,²¹⁹ se supera el anacronismo por el que si no resultaba mayoría a favor de ninguna decisión, se entendía que quedaba sin efecto el compromiso. En la nueva ley se establece que el laudo arbitral se decidirá por mayoría de votos, dirime los empates el voto del presidente, y si no hubiera acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el presidente (art. 34 LA de 1988). En cuanto a la notificación del laudo, la anterior ley no trataba esta materia tan importante, algo, además, de gran importancia práctica, por cuanto resulta esencial tanto para su conocimiento por las partes interesadas, como por ser el comienzo para computar el plazo del recurso de aclaración, revisión y anulación. En la nueva ley de 1988 el laudo debe ser firmado por los árbitros, sin que pierda su eficacia por el hecho de que alguno de los árbitros no pudiera firmarlo o se negara a hacerlo; a continuación el laudo se protocoliza notarialmente y se notifica fehacientemente a las partes (art. 33.2). En cuanto a las medidas cautelares, la ley de 1988, confirmando lo ya recogido en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite a las partes solicitar del juez de Primera Instancia que fuese competente para la ejecución del laudo las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de la sentencia arbitral cuando ésta fuera recurrida. Estos afianzamientos, que considere oportuno decretar el juez competente, se mantienen hasta la resolución del recurso de anulación y contra su decreto no cabe recurso alguno, lo que es de alabar (art. 50.2).

Respecto a la intervención judicial, se trata en el título VI, y la propia exposición de motivos de la ley declara que la intervención jurisdiccional ha sido reducida a lo estrictamente necesaria «con la intención de simplificar el proceso arbitral propiamente dicho y en línea con lo establecido en otros ordenamientos, se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permitirá descargar a la Administración de Justicia de alguna de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje».²²⁰

La actuación de los órganos judiciales se dice necesaria para mantener la validez del compromiso arbitral y evitar su frustración por inactividad de alguna de

219 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 48-52, 71-128.

220 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHANT, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 152.

las partes o por falta de acuerdo entre éstas en la delimitación de la controversia o en la designación de los árbitros; y por ello, en pro del principio de conservación del pacto arbitral, a la vez que se limita la discrecionalidad del juez para rechazar la formalización judicial del arbitraje (art. 42.1); el Auto que acceda a la formalización judicial no es susceptible de recurso alguno (art. 42.2 LA de 1988).

Este auxilio jurisdiccional se configura como apoyo a la función del árbitro (art. 43), ya que en la ley anterior el arbitraje se tornaba ineficaz ante la imposibilidad de practicarse pruebas o diligencias, pues no existía comunicación alguna entre el juez de las partes y el juez del Estado.²²¹ El Reglamento de la CNUDMI recoge el auxilio jurisdiccional como técnica necesaria en el arbitraje internacional y, por ello, el artículo 27 de la ley de 2003 introduce la posibilidad del auxilio jurisdiccional para la práctica de las pruebas que no puedan efectuarse por los árbitros, en las que el juez procederá conforme a las reglas determinadas en la LEC para esta materia, entregando testimonio de las actuaciones al solicitante.

En cuanto al arbitraje en su faceta internacional, es justamente el gran sector reformado y en el que se produce gran avance, porque se reconoce en la práctica, sin titubeos, la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros, de conformidad con los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno, a la vez que se introducen normas de derecho internacional privado sobre la capacidad de las partes, la validez del convenio arbitral, sus efectos y la ley aplicable por los árbitros (títulos IX y X de la Ley 36/1988); normas de las cuales serán supletorias las contenidas en el Código Civil (arts. 8 a 12, inclusive). Con ello, España se alinea con los países más avanzados en la materia y, lo más importante, con los convenios multilaterales existentes, los cuales nuestro país ya había suscrito y ratificado.

Lo anterior era el resultado del camino ya abierto, y sin retorno, por el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de octubre de 1981, que vino a derogar, en todo lo que se opusiese expresa o tácitamente a los Convenios de Nueva York y de Ginebra, el bloque normativo internista de la ley de 1953 y los preceptos de la LEC, que se aplicaban sistemática y erróneamente al orden internacional, para, en la práctica, como hemos tratado, hacer de España un foro autárquico.

Frente a lo establecido en la ley de 1953, y en cuanto a su ámbito material²²² de aplicación, que excluía los arbitrajes de derecho público, internacionales, corpo-

221 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHÁN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 152.

222 Cfr. *ibid.*: 157.

rativos o asociativos, la nueva ley los permite porque, al eliminar la ley cualquier referencia a éstos, en su regulación del ámbito material de la ley, acepta implícitamente el arbitraje en todas estas variantes, consiguiendo algo que venía siendo unánime petición por la doctrina.

Se institucionaliza el arbitraje, ya que se apuesta por la idea, proclamada por la doctrina desde hacía años, de que la intervención de instituciones arbitrales permanentes era vital para el desarrollo de la institución en nuestro país.

Por su parte, los arbitrajes posteriores a la ley de 1953 contenidos en normas especiales también quedan bajo el ámbito de aplicación de la Ley 36/1988, y ello porque su disposición adicional primera se aplica con carácter supletorio a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y el artículo 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, y la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.²²³

Y aunque no se cite, también se extiende, a juicio de la doctrina que manejamos, al arbitraje cooperativo e incluso al arbitraje comercial previsto por el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, para el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. En cambio, se excluyen expresa y radicalmente de la nueva ley los arbitrajes laborales, lo que se dijo era muy reprochable, pues la Ley 36/1988 debería haber operado como supletoria respecto de los arbitrajes que se ejecutaban en la rama social del derecho.²²⁴

Al exponerse el ámbito material del arbitraje, recoge una amplia y positiva concepción de las materias objeto del convenio arbitral; así, el artículo 1 establece que podrán ser objeto del arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición conforme a derecho. Así, solamente han de quedar excluidas las cuestiones de ejercicio o cumplimiento de potestades administrativas, y en aquellas otras en las que el Ministerio Fiscal deba intervenir en representación y defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos por carecer de capacidad de obrar o de representación legal. Esto es, materias indisponibles.

En cuanto a las materias conexas, la ley siguió manteniendo el rígido criterio de la ley de 1953, a saber, que si las cuestiones están inseparablemente unidas a otra sobre la que las partes no tengan poder de disposición, no podrán ser objeto de arbitraje ninguna de las dos.

223 GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, 1998: 48-52, 71-128.

224 Cfr. MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed.: 158.

Y fue objeto de ulteriores críticas entre las que se pueden resaltar las siguientes:

En relación a la definición del arbitraje (art. 1), confunde arbitraje con convenio, y en cuanto al objeto del arbitraje (art. 2), sigue sin quedar claro el tema de las materias conexas (art. 2.1.6).

Por otro lado, se excluyen los arbitrajes laborales (art. 2.2), algo muy criticado, ya que podría haber extendido a ellos su campo de aplicación —y a cualquier materia— y reconocer luego sus particularidades concretas en cada supuesto, evitando que se produjera lo que finalmente aconteció, que se terminara por establecer una distinción entre el arbitraje civil y mercantil y el laboral, cuando todas son materias de derecho privado.

En cuanto a la forma exigida (arts. 3 y 21), existe una contradicción en la Ley 36/1988. Así, el artículo 3.1 establece que para ser válido el arbitraje se deberá ajustar a las prescripciones de la ley, y el artículo 3.2 reconoce con acierto el arbitraje libre o irritual, pero el artículo 21.2 somete a la voluntad de las partes el desarrollo del procedimiento arbitral.

Respecto al convenio arbitral (art. 5.1), la ley exige que deba expresarse la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o a la decisión de los árbitros, lo que no se entiende bien con el principio pro arbitraje que dice acoger.

En lo tocante a los árbitros (art. 12), se sienta el criterio que cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio (art. 12.2), por lo que se deja fuera del arbitraje de derecho a cualificados profesionales como notarios y profesores universitarios.

Fue asimismo criticada la recusación de los árbitros (art. 17.1), porque en el supuesto que el árbitro recusado no aceptase la recusación (art. 18), el interesado podía hacerla valer al solicitar la anulación del laudo y, sin embargo, entre los tasados motivos previstos de anulación del laudo (art. 45) no está contemplada la anulación del laudo por recusación alegada por una de las partes.

Respecto al procedimiento²²⁵ (arts. 21 y siguientes), es criticable la excesiva indeterminación que se produce al dejarse a la entera disposición de las partes el proceso arbitral (art. 21.2). No contiene ninguna indicación sobre las alegaciones de parte, la iniciación del procedimiento queda en manos del árbitro (art. 22.1) y si éste no notifica a las partes por escrito su aceptación, el arbitraje puede devenir ineficaz ante la ausencia de un plazo que obligue a iniciar el proceso en

²²⁵ FREDERIC MURIEL, CATARDA, *La administración del arbitraje, instituciones arbitrales y procedimiento proarbitral*, 2002: 31-77, 79-131, 133-140, 163-265.

sí. Tampoco se plantea cómo debe actuar el árbitro ante la cuestión de constitucionalidad, algo, por otro lado, aún hoy no resuelto. También fue criticado el trámite de audiencia del artículo 29 de la ley, que debería haber recogido una mayor intervención de las partes.

Se criticó también la expresión «formalización judicial del arbitraje» de los artículos 38 y siguientes para el caso que las partes no se pusiesen de acuerdo con la designación de los árbitros. Este proceso judicial de designación de árbitros se trataba en el título VI, con clara y negativa influencia de la ley de 1953, en la que sí existía una auténtica formalización judicial del arbitraje, además de los problemas que en la práctica se dieron en los juzgados por la remisión «a las formalidades previstas para el juicio verbal» del artículo 39.3.

Respecto al laudo, hubo problemas al poner en relación el artículo 34 que establecía que si no hubiese acuerdo mayoritario entre los árbitros, el laudo sería dictado por el presidente cuando, puesto en relación con el artículo 13, en la práctica el laudo podía ser dictado unilateralmente por el árbitro de mayor edad, por lo que hubiera sido mejor establecer que, ante el supuesto de empate, dirimiría, en todo caso, el voto cualificado del presidente.

Asimismo, era reprochable la contradicción existente entre el artículo 37 y los supuestos de anulación previstos por el artículo 45 de la ley, y la omisión, como motivo de anulación, del tema de la existencia de una anterior recusación no estimada formulada por la parte (arts. 18.2 y 45). Por otro lado, la insistencia, de nuevo, como motivo de anulación del laudo,²²⁶ que se estime que éste fuese contrario al orden público, presentó muchos problemas prácticos al tratarse de un concepto indeterminado²²⁷ en sí, y, como hemos analizado anteriormente, parecería que no se había percatado aún el legislador de los antecedentes de los efectos jurídicos de la aplicación abusiva de este motivo desde antaño, un motivo generador de innumerables obstáculos frente al arbitraje internacional en nuestro país desde 1953.

Pero a pesar de estas críticas, muy técnicas, dado que la anterior ley de 1953 fue una malísima norma, la ley de 1988 fue acogida como «agua de mayo», sobre todo por las innovaciones, tan necesarias, traídas al arbitraje internacional.

Se dice que por fin se establece un sistema propio del arbitraje, y separado del derecho común y doméstico interno, en que se materializó el arbitraje inter-

226 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral, el proceso arbitral y su impugnación*, 1996: 97-115; y CUARTERO RUBIO, M.V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, 1997: 19-54, 75-94, 111-128, 133-166.

227 MOLINA CABALLERO, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, 2002: 34-40, 74-79, 96-114, 136-159, 166-220.

nacional, pero esta afirmación también ha sido criticada porque, se dice, no podemos hablar de que la ley de 1988 conllevara la institucionalización de un sistema dualista en sentido propio; esto es, regulación especial y derogatoria del arbitraje internacional respecto del interno, como fue el sistema seguido en aquella época por los ordenamientos francés, belga, inglés, norteamericano o suizo. No existían normas especiales de carácter material y directo propias del arbitraje internacional, tan sólo normas de conflicto especiales en algunos aspectos concretos de la operación arbitral —capacidad de las partes (art. 60), validez y efectos del convenio (art. 61) o derecho aplicable al fondo (art. 62), con remisión en las demás cuestiones al sistema conflictual de derecho común (art. 63)—, lo que provocaba lagunas en innumerables aspectos ya reseñados.

4.5. Cuarta etapa: el reconocimiento definitivo del arbitraje internacional en España a través del sistema monista instaurado por la Ley de Arbitraje de 2003

Se abre, quizá, la etapa culmen en este rápido bosquejo de la evolución del arbitraje internacional entre nosotros, con la ley vigente antes de la tímida reforma ocurrida este pasado año 2011, Ley de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.²²⁸

Partiendo de las críticas que había suscitado, ya desde su inicio, la ley de 1988,²²⁹ y plenamente instalados en el empeño de un marco adecuado y moderno para el arbitraje en España, y en particular, para el arbitraje internacional, en plena efervescencia del *boom* económico en nuestro país en los albores del nuevo milenio, la ley de 2003 se incorpora, o al menos así lo proclama en su exposición de motivos, a las tendencias más actuales a dicha época. La nueva ley²³⁰ irrumpe en un momento álgido en la evolución de la economía y de la integración internacional de España y pone al arbitraje comercial internacional en el lugar que corresponde,²³¹ con ánimo de hacer de nuestro país un foro atractivo para los arbitrajes internacionales.

228 Véase GARBESÍ LLOBREGAT, J. (Director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, 2004, T. 1 y 2. Prácticamente compara toda la ley con las anteriores.

229 MIRASO MARCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 2ª ed., 1991: 383-412, 422-430, 436-445, 465-469.

230 Véase HERRERA SIBOVIA, R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, 2004.

231 Cf. MIRASO MARCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed, Thomson Civitas: 1062.

Arbitraje internacional es aquel que sirve a los intereses del comercio internacional. Como tal, constituye un conjunto de principios que se contienen en un ordenamiento singular organizado en torno a las necesidades específicas del comercio internacional y difiere, por su alcance y contenido, del arbitraje interno. Es el fenómeno del arbitraje internacional el generador de normas específicas y derogatorias del derecho común.

Es una ley de derecho común pues rige para toda clase de arbitrajes, sin perjuicio de que existan arbitrajes especiales, para los que la ley común se aplica con carácter supletorio.²³² Y la circunstancia más novedosa que incorpora, como se ha adelantado, es que hace de nuestro ordenamiento arbitral un sistema monista, es por ello que estamos ante una sola ley para el arbitraje interno y para el internacional. Sólo unos cuantos puntos, pocos y bien justificados, se aplicarían al arbitraje calificado internacional, según la propia ley.

Extractamos de su exposición de motivos: «Ante la eterna contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta opta claramente por una regulación unitaria de ambos dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista».

Este entusiasmo al acoger el sistema monista vendría avalado en que «son muy pocas y muy justificadas normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación (arbitraje internacional) ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa».²³³

La Ley Modelo parte de una proposición simple y tímidamente adecuada: lo que es bueno para el arbitraje interno es bueno para el arbitraje internacional y a la inversa. Y así lo recoge la exposición de motivos, con la consecuencia inmediata de ser monista, frente al modelo dualista de distinción de cuerpos legales separados, con inspiración, principios, contenido y práctica diferentes: el propio del

232 El problema radica en determinar si algunos de estos arbitrajes constituyen realmente un arbitraje especial o se rigen enteramente por normas, principios y técnicas diferentes. En suma, se trataría de saber dónde está el límite de la especialidad, y dónde comienza un ordenamiento singular y separado, apud MIRANO MERCHANT, J.F. y CUELÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3a ed., Thomson Civitas: 1067.

233 La expresión figura entre los trabajos preparatorios de la ley tipo de CNUDMI (UNCITRAL) que, como es bien sabido, no abordó en un principio la regulación del arbitraje interno, sino que estaba destinada a servir de referencia únicamente para el arbitraje internacional, apud *ibid.*: 1068.

arbitraje interno y el específico del arbitraje internacional, que se había seguido hasta la fecha.

La propia ley justifica el sistema monista de manera que, salvo contadas excepciones, sus preceptos se aplican por igual al arbitraje interno y al arbitraje internacional.

Es cierto que el cambio de paradigma es un avance indiscutible en la regulación del arbitraje internacional en España, puede decirse que adquiere, por primera vez, carta de naturaleza, dejando aparte los regímenes convencionales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros tanto bilaterales como multilaterales que precedieron incluso a la Convención de Nueva York de 1958, pero, como se analizará luego, existen críticas a que la ley prodigue por doquier su monismo, pues quedan rescoldos de cierta diferenciación en el tratamiento de la materia. Es un gran avance el conseguido porque, como tratamos anteriormente, la ley de 1988 terminó de encajar a nuestro país verdaderamente en un sistema ni monista ni dualista.

4.5.1. Los modelos de inspiración de la ley española

Son varias las influencias detectadas en la ley de 2003.²³⁴ La Ley española de Arbitraje de 2003 es una ley que, en líneas generales, se inserta en el movimiento mundial actual de hace ya una década sobre arbitraje, incorporando sus tendencias y haciendo de la técnica arbitral una institución de derecho autónoma, basada en la libertad y autonomía de las partes, y conformada por el principio de la mayor eficacia para el arbitraje.²³⁵

Se aprecian en ella notables influencias, entre las que cabe destacar, pues así se reconoce en su exposición de motivos, la Ley Modelo de la CNUDMI, y ello aunque luego no se siga al pie de la letra y se mantengan apartados distantes del contenido de ésta. Y, a diferencia de algunos países iberoamericanos como Chile, México y Guatemala que han incorporado casi textualmente la Ley Modelo, la ley de 2003 española introdujo en su texto modificaciones significativas, aunque los autores procuraron no desnaturalizar el texto para beneficiarse de las ventajas de seguir la Ley Modelo únicamente como referencia.

234 MERRINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 161-190, 106-105 (derecho interno), 1061-1072 (derecho internacional).

235 Cfr. *ibid.*: 1062.

4.5.1.1. El derecho procesal arbitral internacional: la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje comercial internacional como ley inspiradora de la Ley de Arbitraje de 2003

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional se aprobó por la CNUDMI el 21 de junio de 1985, al finalizar su 18° período anual de sesiones. La Asamblea General, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó a todos los Estados que examinaran «debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional». Se buscaba que la Ley Modelo de la CNUDMI sirviera de base para que los diferentes Estados prepararan sus nuevas leyes sobre arbitraje. Así se indica en la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo.²³⁶

La nota explicativa recoge las razones que llevan a la búsqueda de la armonización internacional en materia de arbitraje. Se basa en la insuficiencia existente de las leyes nacionales en la materia para dar una respuesta adecuada a la realidad del arbitraje y, por otro lado, en el hecho de que las leyes nacionales en ocasiones generan inseguridad en el tráfico jurídico internacional, dada la disparidad de criterios que venían usando.

Así, estas deficiencias surgen, en algunos casos, por la antigüedad de las leyes nacionales sobre arbitraje, o por una regulación fragmentaria de la realidad arbitral. De igual modo, en la mayoría de las ocasiones estas leyes principalmente regulan el arbitraje interno, sin prestar casi atención al arbitraje internacional,²³⁷

236 «La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Se adopta la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados».

237 En la nota explicativa a la que nos estamos refiriendo, estas cuestiones se destacan con las siguientes palabras: «El análisis mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disparidades no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también

cuestiones todas ella que venía arrastrando nuestro antecedente legislativo en la materia, como se ha venido analizando.

Cabe destacar como característica esencial de la Ley española de Arbitraje de 2003, tal como se afirma en su exposición de motivos, que persigue la uniformización del derecho español de arbitraje con ordenamientos jurídicos más asentados en esta materia, tomando, además, como referencia la Ley Modelo CNUDMI, lo cual puede considerarse una medida acertada.²³⁸ Esta medida requiere que su ejecución vaya acompañada de una labor de adaptación del contenido de la Ley Modelo al ordenamiento jurídico del país que la acoge, pues una mera incorporación acrítica de las disposiciones de la Ley Modelo podría conllevar a posibles discordancias y resultados indeseables. Este efecto pernicioso se ha producido en algunos países que han asumido la Ley Modelo por medio de simples transcripciones literales de su texto sin adecuarlas a las particularidades del sistema jurídico de acogida.

La Ley Modelo es simple porque pretende con ello ser un comodín que sirviera de modelo a la mayoría de sistemas jurídicos en el mundo a los que se destinaba, por lo que la necesaria y exacta adaptación en cada país, según sus propias características, era un imperativo, muchas veces sustituido por la simple transcripción sin más de la Ley Modelo.

desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes, que a veces datan del siglo XIX y que equiparan, a menudo, el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas. Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes. Incluso la mayor parte de las leyes que, al parecer, son modernas y completas, se redactaron teniendo presente fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna. Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la decisión de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje «específico», se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje, a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no dejados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje».

238 Cfr. MIZRINO MENCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 1063.

La Ley Modelo de la CNUDMI es un texto pensado primordialmente para el arbitraje comercial internacional y, como se viene diciendo, un modelo polivalente para los Estados, no una ley acabada en sí misma, y se ha criticado, por ello, que el legislador español haya sido tan fiel a la letra de la ley.²³⁹

No obstante, nuestra ley de 2003 se aparta de la misma en cuestiones importantes también, como la referida al ámbito de la ley, pues la ley española contempla todos los arbitrajes que se desarrollen en territorio español, y no sólo el arbitraje comercial internacional que fue prototipo de la Ley Modelo. Esto conlleva ventajas e inconvenientes como ha sido señalado oportunamente por la doctrina.

La ley de 2003 se alinea con la Ley Modelo en cuanto a erigir como estandarte la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho aplicable al procedimiento y a la institución del tribunal arbitral, así como en cuanto a la libertad de los árbitros para organizar el procedimiento supliendo subsidiariamente la voluntad de las partes, y ello en pro del principio de conservación del arbitraje, pero se aparta de la Ley Modelo en el hecho de que la competencia para juzgar sobre la propia competencia de los árbitros, que, a diferencia de la Ley Modelo, que exigía acudir al juez para decisiones sobre recusación y otros extremos relacionados con los árbitros y, en general, sobre la eficacia del proceso arbitral, se acoge el principio de *Kompetenz-Kompetenz* que no es más que la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, incluyendo todas estas cuestiones, y apartando al órgano judicial. Con ello la ley de 2003 sigue una de las más modernas tendencias del derecho del arbitraje.

En materia de arbitraje internacional, la ley de 2003 también se distancia de la Ley Modelo en cuanto a la incorporación del criterio territorial para la configuración del laudo como nacional o extranjero. Pero, quizá la distinción más importante entre ambas leyes es la definición que se da al arbitraje internacional, eliminado el criterio de lo que puede ser denominada la internacionalización subjetiva del arbitraje, al no recoger como criterio de internacionalización la voluntad de las partes, criterio modelo que no acepta la ley española, sustituyéndolo por criterios jurídicos formales o jurídico materiales recogidos en su artículo 3, que analizaremos posteriormente.

239 BARONA VILAR, S., op. cit.: 66, y GUZMÁN FLUJA, V., idem: 71 y ss., que subrayan cómo al ser la misma apta para regular el arbitraje interno, puede originar problemas de aplicación e interpretación, apud MIERNO MERCERÁN, J.F. y CHERLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 1064.

4.5.1.2. La ley francesa y otras influencias

Es muy notoria la influencia de esta ley, como lo será en la reforma operada por la ley vigente de 2011, y que trataremos seguidamente, no sólo en aquellos puntos en que la ley española se aparta del modelo de la CNUDMI, como el criterio material objetivo económico en la localización del arbitraje como internacional (art. 3.1.c), que no figura en la Ley Modelo, sino también la del artículo 1496 del CPC francés, que se refiere al derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros y que introduce la aplicación directa del derecho sustantivo (34.2) sin necesidad de acudir a la técnica conflictual, así como el concepto jurídico indeterminado «reglas de derecho» del artículo 3 de la ley de 2003, que supone dar cabida a los sistemas jurídicos no estatales, y particularmente a los principios generales de derecho comercial internacional. También en relación al elemento material-objetivo conformado en torno a la «afectación de intereses del comercio internacional», vieja fórmula de la jurisprudencia francesa, seguida por los reglamentos de instituciones francesas, la CCI, y algunas convenciones internacionales como el Convenio de Ginebra de 1961, recogido en el artículo 1491 del Código de Procedimiento Civil francés y en el artículo 3.1.c de la vigente ley española de arbitraje.

Y no sólo en los artículos 3 y 34 de nuestra ley, sino en el tratamiento distinto que se da al arbitraje internacional en España y Francia, y ello aunque nuestra ley insista en su carácter monista, y Francia sea dualista.

Es tan patente la influencia de la legislación francesa en nuestro país que, en paralelo, modificada su legislación en 2011, le sigue a la par nuestro ordenamiento, como veremos en el siguiente apartado.

Son también perceptibles influencias del reglamento de la Corte de Arbitraje CCI en su versión consolidada de 1998 y el de la CNUDMI en diversas materias relativas al procedimiento; también se hablaba de otras influencias, como las de la ley suiza o italiana, como en su artículo 2.2, pero, a juicio de la doctrina,²⁴⁰ no es en este punto realmente una influencia de tales leyes, sino de la práctica del derecho internacional del arbitraje que incluso ya preveía la Convención de Ginebra de 1961.

240 MÉRINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 1065-1067.

4.5.2. El arbitraje comercial internacional en el sistema jurídico español desde la ley de 2003 y en la actualidad

4.5.2.1. Aspectos esenciales del régimen del arbitraje internacional en el ordenamiento jurídico español²⁴¹

El intento del legislador español por atraer arbitrajes internacionales hacia nuestro país, como es bien conocido, ha sido uno de los objetivos más destacables de la regulación del arbitraje en España efectuada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.²⁴² Se intentaba convertir a España en alternativa frente a los países que ya contaban, hacía una década, con un importante bagaje cultural arbitral y que eran focos de atracción, como sede donde se venían tradicionalmente desarrollando arbitrajes internacionales desde otras jurisdicciones, a saber, Suiza, París... Y ello en cuanto a lo que por parte del legislador podría aportarse, es decir, configurando una regulación legal que fuese competitiva en relación con otros ordenamientos jurídicos.²⁴³

En este sentido se pensó especialmente en la posibilidad de que España fuese lugar de atracción de arbitrajes de países latinoamericanos, en función de las ventajas lingüísticas y de las compatibilidades de tradición jurídica, así como tomando en cuenta la gran presencia de empresas españolas en Iberoamérica. Para conseguir ese objetivo, el legislador español se inspiró en la estructura y redacción de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional, de 21 de junio de 1985, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), tal y como hemos adelantado, con el fin de que nuestra regulación alcanzase cierta compatibilidad con las más modernas regulaciones del entorno de dicha época, en especial con los ordenamientos jurídicos que también la habían acogido en su sede, entre ellos, sobre todo del ámbito latinoamericano.

Pero es más, el legislador español no sólo acoge dicho modelo de regulación, pensado específicamente para el arbitraje internacional, aplicado en dicho ámbito internacional, sino también para regular tanto al arbitraje internacional como interno, y no sólo, añadidamente, para los arbitrajes de naturaleza mercantil o comercial, sino todo tipo de arbitrajes, con independencia de su calificación.

241 LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, 1989: 113-128, y *Estudios de derecho de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 224-232

242 LORCA NAVARRETE, A.M. y SELLEO ESTAGNAN, J., *Derecho de arbitraje español*, 1994: 64-66, 158-169.

243 CORDÓN MORINO, F., *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 149-151, 154-157.

Por ello, no cabe ya hablar de dos regulaciones distintas en nuestro ordenamiento jurídico, una para el arbitraje interno o doméstico y otra para la esfera internacional, sino que ambos se funden en la misma normativa, en clara apuesta por el monismo instaurado y predicado en su exposición de motivos.

La Ley 60/2003 es monista, como expresamente indica su exposición de motivos, y se aplica a todo tipo de arbitrajes (art. 1 LA: «Sean de carácter interno o internacional»); sin embargo, el arbitraje internacional requiere de algunas previsiones especiales y, por ello, con carácter previo, se definen las situaciones en las que el arbitraje deberá ser considerado internacional. Así, el artículo 3 de la ley, establece las siguientes circunstancias que producirán como efecto la consideración del arbitraje como internacional:²⁴⁴

- a. Que en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.
- b. Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, estén situados fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
- c. Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte intereses del comercio internacional.

La primera hipótesis (art. 3.1.a) consiste en que «en el momento de la celebración del convenio arbitral las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes». El domicilio o el establecimiento de las partes en diferentes Estados es evidencia suficiente del carácter internacional de la relación controvertida y es considerado en variados instrumentos internacionales como primera circunstancia de internacionalidad de la mayoría de reglas de conflicto o de atribución (así, entre otros, el art. 1 del Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, referido al lugar de establecimiento en países distintos de las partes). Sin embargo, es difícil conocer el concepto de domicilio que usa el legislador español en la Ley 60/2003, que en este apartado contrasta con la norma de la Ley Modelo (art. 1.4) porque difieren entre sí en que ha sustituido el término «establecimiento» de la Ley Modelo, por el concepto de «domicilio». Este cambio, dice la doctrina, puede deberse a que la ley de 2003 es aplicable al arbitraje mercantil y al civil y la Ley Modelo sólo al comercial, y por ello en España se cambia la palabra estable-

244 MERINO MERCHAN, J.F. y CHELLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas, 2006: 184, 881-899, 917-928.

cimiento, del texto de la Ley Modelo, por el de domicilio, más genérico y también aplicable a las personas físicas y en derecho civil, y ello aunque, en todo caso, domicilio es igualmente un término general que se aplica tanto a personas jurídicas como físicas, a la vez que establecimiento vendría acotado al ámbito de las personas jurídicas. No obstante ha de tenerse en cuenta la distinción entre domicilio social y establecimiento abierto al público, sucursal, filial, etc., que, en todo caso, han de acogerse también al interpretar este primer criterio de internacionalidad del arbitraje en nuestro país. Otra influencia, se dice, pudiere venir del Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 que en su artículo 1.1, que regula el ámbito de aplicación de dicha norma, se refiere a la «residencia habitual», «domicilio o sede social» de las partes en Estados diferentes.

La Ley 60/2003 (art. 3.2) incluso concreta la hipótesis en que alguna de las partes tenga varios domicilios, estableciendo una solución a favor del domicilio que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; en todo caso, podría decirse, concepto jurídico indeterminado éste de relaciones más estrechas, y para la hipótesis negativa, es decir, la inexistencia de domicilio, se prefiere el criterio de la residencia habitual. Para esta hipótesis de dualidad de domicilios y la regla favorable al lugar que guarde una «vinculación más estrecha con el convenio arbitral» cabe decir que el domicilio de las personas físicas es uno y se concreta en el lugar de la residencia habitual siempre que concorra adicionalmente propósito de permanencia o *animus manendi* (art. 40 CC, y en la actualidad más de 180 días al año), de manera que no se entiende por la doctrina de dónde sale el criterio de duplicidad de domicilios salvo para las sociedades mercantiles, pero incluso en este supuesto puede concretarse el domicilio a efectos procesales cuando existe discordancia entre el domicilio registral y el lugar donde «radique su principal establecimiento o explotación», porque en estos casos «los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos».

La segunda hipótesis de internacionalidad del artículo 3.1.b en realidad incluye tres supuestos diferentes, cualquiera de ellos suficiente para estar ante la internacionalidad del arbitraje, a saber, si: «a) El lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste está situado fuera del Estado en que las partes tengan sus respectivos domicilios; b) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación de la que dimana la controversia se halla fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) o el lugar con una "relación más estrecha" con la relación jurídica está situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios».

El primero de los supuestos del artículo 3.1.b consiste en la internacionalidad determinada por el lugar o sede del arbitraje elegido por las partes en el «convenio

arbitral o con arreglo a éste», opción por la que puede convertirse en internacional un arbitraje en principio interno, incluso entre empresas del mismo Estado, pero que sea consecuente con la *vis* atractiva de arbitrajes de la Ley 60/2003.

Sin embargo, la Ley 60/2003, en este supuesto subjetivo, no ha acogido el criterio de la Ley Modelo (art. 1.3.c) de internacionalización delimitada por la propia autonomía de la voluntad de las partes en dicho sentido, es decir, mediante acuerdo expreso de las partes consistente «en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado». La determinación del lugar del arbitraje, en consecuencia, puede ser directa, cuando es prevista por las partes en el convenio arbitral, o indirecta, esto es, como resultado de la aplicación del reglamento que regule el arbitraje al que se hayan sometido las partes en el convenio arbitral.

Al lugar determinado del arbitraje es, además, de aplicación el artículo 1 de la ley, relativo a su ámbito de aplicación, e indica que: «Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional», afirmación territorialista del ámbito de aplicación de la ley española que cabe matizar al ponerse en relación con el artículo 26.1 de la Ley 60/2003, que establece que las partes podrán determinar el lugar del arbitraje o, en su defecto, lo harán los árbitros, «atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes».

El segundo supuesto del artículo 3.1.b es claramente objetivo, se refiere a situaciones en las que la relación jurídica está conectada con diferentes ordenamientos jurídicos por estar disociados espacialmente los elementos subjetivos del contrato (domicilios de las partes en un mismo país) y los objetivos (lugar de cumplimiento en otro país). En este supuesto, un arbitraje entre empresas españolas podrá ser considerado internacional si el lugar del cumplimiento del contrato se encuentra en el extranjero. El tercero de los supuestos del artículo 3.1.b es el más difícil de delimitar por utilizar un criterio indeterminado o flexible como es el criterio de la existencia de una «relación más estrecha» entre la controversia y otro ordenamiento jurídico distinto al español. Es un supuesto que sirve para localizar adecuadamente en el espacio relaciones jurídicas complejas, como aquellas en que prevalece la inexistencia o dificultad para determinar con precisión la prestación característica del contrato, sobre todo cuando concurren varias acumuladas, y se corresponde con el denominado principio de proximidad en la determinación del derecho aplicable (manifestado, entre otros casos, en los arts. 4.1 y 4.5 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales).

Así, este criterio puede ser invocado en los supuestos conectados con un único ordenamiento jurídico, en atención a sus elementos objetivos y subjetivos, pero

que, por tratarse de contratos propios del comercio internacional y surgidos de la práctica contractual internacional, la correcta ubicación del contrato se encuentra en un ordenamiento extranjero, como los contratos entre empresas españolas, pero que se refieren a modalidades contractuales que han surgido en la práctica contractual internacional y que sólo tienen sentido en el ámbito de ordenamientos del Common Law. En esta situación se puede invocar que el contrato presenta una relación más estrecha con un ordenamiento extranjero (art. 3.1.b) y caracterizar el arbitraje como internacional.

En último lugar, la hipótesis de internacionalidad del artículo 3.1.c consiste en que «la controversia afecte a intereses del comercio internacional». Esa previsión no deriva de la Ley Modelo, sino de influencia de la Ley francesa, como se ha adelantado.

Estos criterios pueden recordar con bastante similitud a las tradicionales reglas de conflicto en el derecho internacional privado, y por influencia pasan al arbitraje internacional. Se trata del supuesto c) del número 1 del artículo 3 que incorpora el criterio material de considerar arbitraje internacional cuando «la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional».²⁴⁵

Regla esta que es muy útil para calificar como internacional un arbitraje, pero que es fuente de no pocos problemas de interpretación debido al carácter amplio de lo que puede entenderse en cada momento por los «intereses del comercio internacional», concepto jurídico indeterminado que, por otra parte, ha sido ya ampliamente interpretado y aplicado por distintos tribunales judiciales en el derecho comparado.

El criterio de territorialidad es el preponderante para la internacionalidad del arbitraje e impregna todo el sistema, y ello con independencia de que el arbitraje sea interno o internacional, aunque para éste rijan determinados artículos bien delimitados.²⁴⁶

245 El criterio, de larga trayectoria, como decimos, en la práctica del comercio internacional, fue desgajado por una cierta jurisprudencia del país vecino, más tarde apoyado por la Cámara de Comercio Internacional y finalmente incorporado en la Convención Europea de Arbitraje de 1961 y en la ley francesa que operó la reforma del Código de Procedimiento Civil (art. 1492) y en la que se ha inspirado sin duda nuestro legislador introduciendo finalmente una fórmula con escasa variación («est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international»), apud MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 164.

246 Cfr. MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 1069.

Observamos reglas especiales del arbitraje internacional, como en el artículo 2.2 (reconocimiento implícito de la capacidad del Estado y otras personas públicas para someterse al arbitraje o comprometer); el artículo 9.6, que recoge en la ley la autonomía de la voluntad en la concreción del derecho aplicable al convenio arbitral como norma preponderante o principal, y subsidiariamente las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia del artículo 34 o, finalmente, como cláusula de cierre, por el derecho español.²⁴⁷

El artículo 32.2 de la ley es de gran trascendencia en el arbitraje internacional por cuanto supone la posibilidad, basada en la voluntad de las partes y, subsidiariamente, en la determinación de los árbitros, para elegir, sin restricciones, del conjunto de normas aplicables al fondo del asunto.

Y, así, perfila la ley un arbitraje internacional en clara diferencia con el arbitraje nacional o doméstico en ciertos aspectos, como el caso del artículo 39.5, que introduce plazos más amplios para la corrección, aclaración y complemento del laudo en los arbitrajes internacionales.

4.5.2.2. Las innovaciones introducidas en el ordenamiento español por la Ley 60/2003, de Arbitraje

La Ley 60/2003, de Arbitraje, merece en su conjunto un juicio crítico favorable, sobre todo porque con ella se produjo un avance cualitativo con respecto a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre,²⁴⁸ rompiendo definitivamente con las últimas ataduras formalistas que aún se arrastraban en la de 1988, fundamentalmente la protocolización del laudo,²⁴⁹ pero, sin duda, por adscribir a nuestro país al sistema monista y por haber hecho un muy buen esfuerzo por alinearse entre las legislaciones más vanguardistas en la materia en derecho comparado.

Como se indica en su exposición de motivos, la ley hace de puente armonizador entre las tradiciones jurídicas continentales y las anglosajonas, producto

247 Sobre la amplitud con que la ley vigente acoge el principio de autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable, véase GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Comentarios a La ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*: 192-195, apud MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 1069.

248 GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Estudios sobre el arbitraje, los temas clave*, 2008: 75-112, 115-130, 133-189, 193-222, 225-282, 287-320, 323-371, 433-497.

249 Cf. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 161.

de un cuidadoso estudio del derecho comparado. Por ello, no es extraño que la valoración conjunta de la norma, en términos generales, sea positiva, aunque como veremos más adelante, se mantengan aún penumbras y sombras que ha sido una lástima que no fueran despejadas por el legislador.

Como cuestiones más novedosas introducidas, con sus aciertos y puntos oscuros, cabe citar, entre otras, las siguientes:²⁵⁰

4.5.2.2.1. El carácter general unificador y supletorio del arbitraje común respecto a los arbitrajes especiales. Es de alabar que se formule una ley de arbitraje como derecho común aplicable a los diversos tipos de arbitraje que no tengan regulación, o sea ésta incompleta, considerando los arbitrajes especiales como una modalidad del arbitraje general u ordinario.

4.5.2.2.2. El reconocimiento definitivo del arbitraje internacional.²⁵¹ Acoge sin titubeos el ordenamiento internacional del arbitraje, de elaboración jurisprudencial primero, y más tarde incorporado a la práctica y al derecho convencional y nacional del arbitraje, introduciendo así la debida flexibilidad frente al rigor de los conceptos encorsetados del arbitraje interno, que han sido sustituidos y vaciados de contenido.

Superando la perspectiva conflictualista, las normas del arbitraje internacional se posicionan en sede del arbitraje doméstico y, por ello, trascienden al arbitraje común. Por primera vez en nuestro ordenamiento se define el arbitraje internacional con ayuda de criterios contenidos en el modelo de la ley de CNUDMI en su artículo 3.

A diferencia de la ley anterior de 1988, como se ha adelantado, la ley de 2003 reconoce y define el arbitraje internacional y le aplica reglas distintas, pese a que

250 CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral, Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje*, 2004: 27-35, 43-136, 141-203, 205-342; y MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 168 y ss.

251 NAVARRETE, A.M.L., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, 1989: 113-128; IRIARTE ÁNGEL, JOSÉ LUIS, «Algunas notas características al proyecto de LA en sus disposiciones referentes al arbitraje comercial internacional», en *Estudios de derecho de arbitraje*, I Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, 1988: 224-232; CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 172-187; CUARTERO RUBIO, M^a VICTORIA, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, 1997: 54-73, 94-111, 128-132, 166-172; CUCARELLA GALIANA, LUIS-ANDRÉS, *El procedimiento arbitral, Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje*, 2004: 36-41; MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 907-910, 912-917, 929-930, 1469-1509.

proclama una superación del esquema dualista tradicional, como manifiesta la exposición de motivos, pero, aún con la existencia de dichas normas específicas del arbitraje internacional que hemos enumerado, no podemos sin más negar dicha proclamación de la exposición de motivos de la ley, aunque sí matizarla, como hemos hecho.

En la derogada ley de 1988 se evitaba hasta tal punto el arbitraje internacional que ni se nombraba, así, el título x de la ley de 1988, muy criticado por ello, tenía un enunciado sumamente significativo: «De las normas de derecho internacional privado», llegándose incluso a pedir su supresión en trámite de elaboración de la ley. Como sostiene la doctrina, con todo, resulta conveniente dejar por sentado que una posición sobre el mantenimiento de un dualismo a ultranza entre el interno y el internacional, seguido en España hasta la etapa postconstitucional y tímidamente con la ley de 1988, sería tan inconsecuente como el borrar tal cual las diferencias entre uno y otro, preconizando un derecho para todo tipo de arbitraje. En este sentido, justo es reconocer que la ley de 2003 marca un indudable progreso sobre la ley de 1988.²⁵²

Nos hallamos ante un arbitraje internacional autónomo y que, en lugar de considerar absolutamente separados el arbitraje interno y el internacional, y por mor de que tampoco podamos rigurosamente establecer su carácter exclusivamente monista, como hemos argumentado, introduce normas y artículos que sólo se aplican al arbitraje internacional y no al interno, aunque también existan numerosos preceptos que son comunes, porque la ley se erige como de derecho común y monista.

4.5.2.2.3. La ampliación de las materias arbitrables y la atribución al Estado y los organismos de derecho público de capacidad para comprometer. Se ha producido una ampliación de las materias que pueden ser objeto de arbitraje. En línea con la Ley Modelo, los tratados internacionales y las legislaciones internas del Reino Unido, Holanda y Estados Unidos, la ley se erige en torno a la liberalidad en cuanto a disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje.²⁵³

El criterio del artículo 2 de la ley es el siguiente: sólo son arbitrables aquellas materias que estén en disposición de las partes, lo que excluye las normas impe-

²⁵² Cfr. MERINO MIEROMÁN, J.F. y CHELLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 164.

²⁵³ Cfr. *ibid.*: 165.

rativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje, por ser materias indisponibles.

La fórmula que había consagrado el artículo 2 de la Ley de Arbitraje de 1988 era de una mayor imperfección técnica que la de la nueva ley, al tratarse de una fórmula descriptiva que enumeraba materias inarbitrables pero que, en sí, la realidad no se agotaba en dicha enumeración normativa.

Por su parte, el apartado segundo de este mismo artículo 2, dedicado a las materias arbitrables, recoge expresamente el reconocimiento indirecto de la capacidad del Estado para comprometer y someterse a arbitraje en el ámbito de los arbitrajes internacionales, y la exposición de motivos de la ley justifica este extremo en la necesidad de mantener en todo momento la igualdad entre las partes, sean de derecho privado o público. Una apertura desde antaño fervientemente defendida por la doctrina y que llega tarde. Por otro lado se critica por la doctrina el que se integren en el mismo artículo ambas materias.

4.5.2.2.4. La exclusión de los arbitrajes laborales y de derecho administrativo. De nuevo quedan excluidos de este derecho común los arbitrajes laborales (art. 1.4 LA), pero más grave aún es que la ley no se refiera, ni para excluirlo ni admitirlo, al arbitraje de derecho administrativo, al que sí se refiere la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Si realmente se quería, de una vez por todas, incorporar el arbitraje al ámbito del derecho administrativo era preciso, de acuerdo incluso con nuestro Tribunal Constitucional, concebir esta institución en la ley sobre arbitraje, para ello, la ocasión que brindó la ley de 2003 fue única, y no se reparó en ello.

4.5.2.2.5. Las llamadas «materias conexas». En contra de los tratados internacionales y de la propia ley uniforme, el legislador de 1988 trató esta cuestión de manera restrictiva; en vez de favorecer el arbitraje sobre todas las materias disponibles, estuviesen o no relacionadas con otras que no fuesen, se decantó por la exclusión del arbitraje a estos supuestos.

En la ley de 2003 existe un silencio que conlleva problemas en la práctica del arbitraje, aunque exista una tendencia a interpretarse en el sentido que, en las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de decisión, regirá el principio de separabilidad, cuando no el principio de absorción a favor de la arbitrabilidad.

4.5.2.2.6. La libertad de forma y cláusula arbitral por referencia. También resulta muy positivo el que la nueva ley refuerce el criterio antiformalista, tan necesario en el arbitraje, carácter éste de la flexibilidad tan apegado a la institución.

En este sentido, la enmienda última introducida por el Grupo Parlamentario Popular en la Comisión del Consejo al inciso a del artículo 5 en el sentido de incorporar un inciso 1 en el que se dice: «Será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de comunicación electrónico, telemático o de otra clase que permitan el envío o la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión o recepción y que hayan sido designados por el interesado», ha supuesto cubrir una laguna existente desde 1988.

Se acoge en dicho artículo 5 la llamada cláusula arbitral por referencia, que es la que no consta en el documento contractual principal sino en un documento separado, y se admite su validez, consecuencia más de la autonomía del convenio arbitral, que prevalece en el arbitraje interno e internacional.

4.5.2.2.7. La aceptación del soporte electrónico e informático. Como consecuencia del imparable avance de las nuevas tecnologías de la información operado en la última década y de la sociedad de la información, en la que es fundamental la seguridad jurídica en la emisión y recepción de las declaraciones de voluntad negociales, así como el criterio antiformalista, la LA de 2003 permite que el laudo conste no sólo por escrito, sino en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo; siempre que quede constancia de su contenido y sea accesible.

Esta posibilidad se extiende al laudo arbitral, conforme al artículo 9.3.

Aunque nada se diga expresamente en la ley sobre extender esta posibilidad a las comunicaciones y notificaciones arbitrales en curso de procedimiento, nada obsta a que puedan practicarse y contenerse en soportes informáticos análogos, en base a la legislación sobre contratación electrónica y con base específica en las facultades que se otorgan a los árbitros en los artículos 10 y 30.3, siempre que las comunicaciones se hagan con los requisitos de autenticidad que exige la legislación especial en la materia. Así, el legislador ha sido plenamente coherente con la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, y con el arbitraje previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, por la que se transpone al derecho interno español la citada Directiva. Se viene a acoger al denominado arbitraje *on line* o por medios electrónicos, herramienta indispensable del comercio electrónico o digital.

Pero no se resuelven del todo los problemas suscitados por esta modalidad del arbitraje que se desarrolla a través de la red y ello porque quedaban en clara

«deslocalización» la aplicabilidad del derecho y competencia de los tribunales, ya que estos elementos se establecen normalmente en razón al lugar o sede en donde se producen los actos jurídicos, por lo que se decía que esta posibilidad podía poner en jaque la efectividad del proceso arbitral. Ante estas críticas iniciales se opone el hecho de que, hoy, el fenómeno de la deslocalización del arbitraje es corriente admitida en el arbitraje internacional, sobre todo porque la propia autonomía de la voluntad de las partes, reina del arbitraje, suple estas deficiencias.

Tampoco se ha salvado esta innovación de la ley de 2003 del problema de la aplicación del principio de orden público, muy solapado con el criterio nacionalista, sobre todo en materia de protección de los consumidores, que tiene una especial incidencia en materia de contratación electrónica.

4.5.2.2.8. La ampliación de los márgenes del arbitraje testamentario. El arbitraje de origen testamentario que estaba recogido, con carácter excepcional, en el artículo 7 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, en la Ley de 2003 pierde esta última nota de excepcionalidad, lo cual debe ser bienvenido.

Sin embargo, en la práctica arbitral se han venido planteando serios problemas respecto a aquellos arbitrajes recogidos por el causante por disposiciones testamentarias, ya que los herederos legitimarios no pueden acudir al arbitraje a resolver diferencias en la distribución o administración de la herencia; y este problema se hubiera resuelto si se hubiera establecido esta prohibición sólo para el tercio de legítima y mejora, pero no para el tercio de libre disposición, que es donde normalmente se plantean los problemas hereditarios y que no es ámbito del *ius cogens* de derecho de legítimas, sino de derecho dispositivo, como bien se sabe.²⁵⁴

4.5.2.2.9. La capacidad para ser árbitro y la presunción favorable hacia el arbitraje de derecho. Es aceptable el que el árbitro de arbitraje de derecho no tenga que ser abogado en ejercicio, tal como exigía el artículo 12.2 de la Ley 36/88.

Conforme a la ley de 2003 pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, al establecerse una presunción favorable hacia el arbitraje de derecho, se debería haber tomado por el legislador alguna cautela para evitar que legos

254 BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, 2010: 37-98.

en derecho arbitren en derecho, pues al no estar expresamente prohibido esto último puede desacreditarse el arbitraje con laudos que hagan un mal uso o una aplicación irresponsable de las fuentes normativas, necesarias para la debida motivación del laudo en el arbitraje de derecho. Afortunadamente, una enmienda *in voce*, introducida en la Comisión de Justicia del Senado, permite en el arbitraje de derecho la presencia de un árbitro que sea abogado en ejercicio, incorporándose un apartado 1, nuevo, al artículo por el que se establece que, en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad, se requerirá la actuación de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.

4.5.2.2.10. Los límites en la designación del árbitro y el principio de mínima intervención judicial. Asimismo, se confirma la tendencia doctrinalmente asentada denominada «formalización judicial del arbitraje» pero reduciendo el papel del juez al simple nombramiento del árbitro, sin que pueda ni deba controlar la validez del convenio arbitral o la arbitrabilidad de la controversia, por aplicación del principio de mínima intervención y de complementariedad de los tribunales judiciales en el marco del arbitraje, y de prohibición de entrada en el fondo de la controversia laudable, principio éste que queda bien determinado, por primera vez, en la legislación arbitral. Este tema queda relacionado con el principio *Kompetenz-Kompetenz* antes estudiado.

Tema clásico en el derecho del arbitraje es el relativo a la intervención de los tribunales judiciales en el curso de las operaciones arbitrales. La desconfianza inicial va desapareciendo y se observa una mayor autonomía del arbitraje respecto de los órganos judiciales, admitiéndose mecanismos propios en el desarrollo del arbitraje en todas sus fases. La ley responde a este objetivo y contempla la intervención de los tribunales judiciales, en el artículo 7, como mínima y tasada, «en los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos que ésta así lo disponga».

Existe, no obstante, en distintas fases arbitrales, la necesidad de una intervención exterior para dar solución a los conflictos sobrevenidos y ello porque no debemos olvidar que los árbitros carecen de *imperium* jurisdiccional. Esta mínima intervención judicial se permite en casos relativos a la eficacia del convenio arbitral (sustantivos y procesales, que la ley señala como positivos y negativos, esto es, ejecutabilidad y excepción de declinatoria de arbitraje), a la materia probatoria que extralimite el poder de los árbitros y a la anulación del laudo en casos estrictamente tasados.

4.5.2.2.11. La confirmación del principio *Kompetenz-Kompetenz*. La confirmación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, aceptada por los tratados internacionales y reconocida por la doctrina científica, constituye un elemento muy positivo. Se opta por el criterio abierto que ya había sido acogido por la Ley Modelo de la CNUDMI, que reconoce a los árbitros el poder para decidir sobre su propia competencia, cuestiones pseudoprocesales que se planteaban al inicio del proceso arbitral, y ello para eliminar, o al menos reducir, las posibles dilaciones que pudiera plantear alguna de las partes con el fin de frustrar o producir una crisis en el desarrollo del arbitraje, a la vez que reconoce el verdadero carácter de jurisdicción que ejercen los árbitros.

4.5.2.2.12. La inversión de la regla contenida en la Ley 36/1988, por la que el arbitraje se consideraba de equidad si no se pactaba lo contrario. En la ley de 2003 se da preferencia al arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes, así, las partes pueden decidir cuáles han de ser las normas jurídicas aplicables cuando el arbitraje sea internacional; se acoge, de esta manera, la tendencia de la legislación comparada y de los tratados internacionales.

La razón de este giro espectacular, se sostiene por la doctrina, se halla en que el arbitraje parece tender hacia una verdadera jurisdicción, donde el árbitro actúa como un juez y, por ello, no resulta entonces acorde a esta tendencia el que se interprete la voluntad de las partes, en ausencia de una designación expresa, como de establecimiento del arbitraje de equidad, en lugar del arbitraje de derecho.

4.5.2.2.13. La posibilidad de decretar medidas cautelares. Los árbitros, a instancia de parte, cuentan con esta facultad. Tanto los tratados internacionales, como la doctrina, coincidían en que esta materia era la auténtica pieza angular de todo el edificio arbitral, y muy necesaria, pues, se dice, si el árbitro careciese de potestades para adoptar medidas cautelares estaría abriendo una vía de fuga en el «equivalente jurisdiccional».

4.5.2.2.14. Notificaciones, comunicaciones y plazos. Se soluciona un punto oscuro de la Ley 36/1988, sobre todo al regularse la forma, el lugar y el tiempo de las notificaciones y comunicaciones, y se establece una novedad: el establecimiento *ex lege* de cómputo de plazos por días naturales.

4.5.2.2.15. El problema de la prejudicialidad penal en sede arbitral. La Ley de Arbitraje de 2003 guardó silencio sobre un difícil problema que viene planteándose en la práctica cada vez con más frecuencia: la cuestión de la prejudicialidad penal en sede arbitral, que aún hoy, tras la reforma de 2011, pervive, y de la que se guarda silencio en los textos normativos.

De la misma forma que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reguló en su texto la prejudicialidad penal (art. 40), estableciendo unas reglas de actuación procesal, el nuevo marco arbitral debería haber afrontado este importante problema práctico que no ha tenido una solución uniforme por la jurisprudencia.

Si bien la tendencia que se extiende en derecho comparado es la de considerar que la mera interposición de una acción penal no suspende el arbitraje, ni siquiera el hecho de haberse admitido una querrela criminal (STS de 2 de julio de 1984, por todas las posteriores), ello en consonancia con el criterio pro arbitraje.

La regla más conforme al principio *perpetuatio arbitralis* es la de que sólo queda suspendido el arbitraje en caso de que la acción penal sea admitida y se dicte auto de procesamiento, pero sólo cuando los hechos sobre los que trate la causa penal incidan directamente, y sin posibilidad de separación, en el relato fáctico de la controversia arbitral, es decir, que exista una indisoluble conexión.

4.5.2.2.16. La relativización de la responsabilidad del árbitro: el tránsito de la responsabilidad por culpa o negligencia a la exigencia de dolo o mala fe, traslado de la carga de la prueba a la parte que sostenga dicha responsabilidad. La Ley 36/1988, en su artículo 16.1, estableció para los árbitros una responsabilidad, frente a las partes, por los daños y perjuicios que su conducta causare por dolo o culpa.

El proyecto de la ley de 2003, en su artículo 21.1, recogía prácticamente esa misma responsabilidad. Sin embargo, esta orientación se apartó en la Comisión de Justicia del Senado que, al aceptar la enmienda número 89 del Grupo Parlamentario de Convergencia y Unión (ciu), se traslada de la responsabilidad por culpa a responsabilidad específica por daños causados a las partes cuando el árbitro haya actuado de mala fe, temeridad o dolo.

Ello significa que se ha restringido considerablemente el ámbito de la responsabilidad directa de los árbitros.

Dejan de ser aplicables para ellos los artículos 1104 y 1902 del cc, y corresponde la carga de la prueba, de la concurrencia de la mala fe, temeridad o dolo, a la parte que quiera exigirla.

4.5.2.2.17. La posibilidad de dictar laudos parciales. Son los que recaigan sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones conexas, como son la propia competencia del árbitro o la adopción de medidas cautelares.

Supone la posibilidad de que los árbitros decidan cuestiones fundamentales, como la *Kompetenz-Kompetenz*, por ejemplo, antes del laudo final, para evitar trámites innecesarios, o sobre medidas cautelares para asegurar el desarrollo, el objeto y el fin del proceso.

Pero sin duda el precepto de mayor importancia es el relativo a la posibilidad de dictar laudos «parciales», no en un concreto litigio en supuestos generales de incumplimiento, sino en la interpretación de los contratos, sobre todo aquellos de largo tracto sucesivo de las partes, en consonancia con el principio *rebus sic stantibus*, o de acuerdo con las partes, y elevar a la categoría de título ejecutivo y cosa juzgada como características del laudo, lo que no es más que un acuerdo—siempre deseable— entre partes. Esta posibilidad favorece el desarrollo de la operación arbitral y acerca el laudo al ideal de satisfacción para ambas partes.

La consagración de este principio tiene su origen, también, en la práctica comparada del arbitraje internacional.

4.5.2.2.18. La determinación del plazo para emitir el laudo. Existía una laguna a este respecto, sobre todo en defecto de acuerdo de las partes, y además respecto a si se computaba desde la presentación de la contestación de la demanda arbitral o desde la expiración del plazo para presentarla.

El texto del proyecto de ley otorgaba al árbitro la posibilidad, si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, de ampliar el término de 6 meses. Lo cual creaba una indefinición que contrariaba el carácter flexible y celeridad exigibles al arbitraje creando un tiempo *sine die* en la emisión del laudo.

Este problema se subsana, aunque no del todo, al aceptarse la enmienda número 60 del Grupo Parlamentario Popular por la que se solicitaba introducir un inciso al primer párrafo del artículo 37.2 en el siguiente sentido: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo [el de 6 meses] podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada».

Pero hasta esta ley, uno de los motivos para solicitar la anulación del laudo era que éste se hubiera dictado fuera de plazo. Sin embargo, no obstante haberse establecido un plazo determinado para dictar el laudo en el artículo 37.2, el 41 de la ley de 2003 no recoge entre los motivos de anulación que el laudo se haya dictado fuera de plazo, por lo que, en principio, pudiera pensarse que queda en manos del árbitro dictar el laudo cuando estime conveniente, sin limitación de

tiempo, ya que esta irregularidad no da lugar al nacimiento de la acción de anulación, si bien en la fase de discusión senatorial del proyecto de ley de arbitraje se logró finalmente cambiar el artículo 37.2 del mismo, en el sentido que la expiración del plazo sin laudo determinará el cese de los árbitros sin perjuicio de la responsabilidad de los mismos, por lo que la inobservancia de los plazos imperativos establecidos para dictar un laudo no determinan causa de impugnación del mismo, pero sí hacen recaer sobre el árbitro incumplidor su cese y la responsabilidad que se establece en la redacción definitiva actual del artículo 37.2 *in fine*.

4.5.2.2.19. Acuerdos y adopción del laudo. El artículo 35 de la nueva ley repite el contenido del artículo 34 de la ley de 1988, cuando determina que cuando haya más de un árbitro toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa; y si no hubiere mayoría —dice ese precepto—, la decisión será tomada por el presidente. Pues bien, no se comprende que, a falta de acuerdo mayoritario, el laudo deba ser dictado por el presidente, aún más cuando el arbitraje se erige como «equivalente jurisdiccional» en el que, en caso de empate, dirimiría, en todo, el voto cualificado del presidente, según nuestras normas procesales.

4.5.2.2.20. La supresión de la obligatoriedad de protocolización notarial del laudo. La supresión del carácter preceptivo de la protocolización del laudo es algo que fue solicitado hasta la saciedad por la doctrina porque la protocolización era una exigencia rigurosamente formalista casi desconocida tanto en legislaciones internas de derecho comparado como en tratados internacionales sobre la materia.

Así, el laudo será válido y eficaz desde que sea dictado por el árbitro, sin necesidad de ninguna solemnidad, por lo que la fuerza ejecutiva del laudo no se hace depender más de su protocolización. No por ello resulta eliminar, en sede de oposición frente a la ejecución del laudo por cualquiera de las partes, la facultad de alegar falta de autenticidad del laudo.

4.5.2.2.21. La renuncia tácita a las facultades de impugnación. Defendemos la doctrina pro arbitraje, pero se sostiene que quizás el artículo 6 de la ley fue demasiado lejos al establecer una presunción *iuris tantum* de renuncia tácita a las facultades de impugnación cuando no se denunciase, dentro del plazo previsto para ello, o tan pronto como fuera posible, la omisión de requisitos del convenio

arbitral.²⁵⁵ Se persigue con ello que la parte que, tras la emisión del laudo, se ve desfavorecida por el mismo, alegue, en ese caso, *ex novo*, cuestiones de nulidad que pudiera haber denunciado antes y que, por mor de dilatar el momento de su cumplimiento adverso, utilice el recurso como estratagema dilatoria de su ejecución.

Dada la redacción del citado artículo puede decirse que choca con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, pues se impone la carga de la prueba a la parte que tempranamente no denunció el vicio de origen que afectaba al convenio arbitral o que no denunció la infracción de alguna norma.

4.5.2.2.22. La acción de anulación del laudo mediante el procedimiento declarativo del juicio verbal. No sabemos cuáles han sido las razones que llevaron a suprimir el recurso de anulación del laudo a que se referían los artículos 45 y siguientes de la Ley de Arbitraje 36/1988, porque se había acogido ya en la práctica con naturalidad e incluso se había asentado una pequeña jurisprudencia de todas las Audiencias Provinciales de España, proclive a acogerla como una impugnación sólo viable por motivos extrínsecos y no del fondo del laudo, por lo que se pierde dicha doctrina muy en consonancia con la verdadera naturaleza de este mecanismo de impugnación, que tanto costó adquirir, al hacerse un nuevo planteamiento sobre esta materia.

4.5.2.2.23. La recusación desestimada por el propio árbitro. Ya se ha dicho más atrás que uno de los avances conseguidos con la nueva ley es la incorporación de la regla que la doctrina conoce como *Kompetenz-Kompetenz*.

Y siendo lo anterior cierto, no lo es menos que en cuestión tan sensible como la recusación de los árbitros, no admitida por éstos, no se haya constituido como un motivo más para la acción de anulación en sede judicial.

4.5.2.2.24. El sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Es un punto criticable de la ley porque mejora el tratamiento del reconocimiento (exequátur) y ejecución de los laudos extranjeros, eliminando el esquema que había

255 GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS, *El control judicial del arbitraje*, 2008: 23-31, 35-40, 43-115, 119-149, 153-171, 175-21.

sido adoptado en la Ley de 1988, pero es una mejora que no se entiende cómo había tardado tanto en acogerse por nuestro ordenamiento.

No se comprende bien que la ley de 1988, dice la doctrina,²⁵⁶ después de algunos años de vigencia y aplicación de la Convención de Nueva York, en los que el famoso Auto del Tribunal Supremo de febrero de 1981 marcó el inicio de una nueva era en el reconocimiento de laudos dictados fuera de nuestras fronteras, no aprovechase la oportunidad que la propia convención le había brindado en relación a completar el criterio de la territorialidad de los laudos para su calificación como extranjeros.

En el momento de ratificación de la Convención de Nueva York, nuestro país no hizo uso de ninguna de las dos reservas (la denominada reserva de comercialidad y la reserva de reciprocidad, conforme a la cual la Convención se aplica únicamente respecto de los laudos dictados en aquellos países que forman parte de la misma). En consecuencia, la Convención de Nueva York constituye para España un instrumento de carácter universal, puesto que todos los laudos dictados fuera de nuestras fronteras caen bajo el objeto de su aplicación.

Ante esta circunstancia, sobraba cualquier otro sistema de reconocimiento de laudos procedentes del extranjero. Y no sólo sobraba, sino que añadir otro sistema se veía como distorsionante, máxime cuando los motivos o causas de oposición al reconocimiento podían ser, a pesar de su apariencia, significativamente distintos. Con ello se introducía, sin duda, una notable confusión, con importante descrédito de la seguridad jurídica y de la uniformización en el tratamiento ejecutivo de los laudos que la Carta Magna del arbitraje internacional pretendía.

El problema no es nuevo, pues ya se suscitó ampliamente en la elaboración de la ley de 1988. El artículo 1, párrafo 2, de la Convención determina que «se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el país en que se pide su reconocimiento y ejecución».

Así, junto al estricto criterio de la territorialidad de los laudos, cabía la posibilidad de que también fuese aplicable la Convención a laudos que pudiesen ser considerados como no nacionales por los diferentes Estados conforme a su propio derecho, pudiendo hacerse uso de esta reserva en este sentido.

La nueva ley clarifica este tema y acierta porque ya no son dos los regímenes de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (el convencional y el interno o nacional), sino uno solo, el contenido en la Convención de Nueva York, que

²⁵⁶ MÉRINO MERCIÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 175-176.

se habrá de aplicar en exclusiva como expresamente reconoce el número 2 del artículo 46. Excepción hecha a la aplicación del sistema más favorable que pueda amparar un tratado vigente de los suscritos por España, como la propia Convención de Nueva York permite.

Sin embargo, ahí acaba el acierto,²⁵⁷ pues se perdió la oportunidad de completar dicho sistema, ya que la ley no aprovechó para sacar el máximo partido de la Convención de Nueva York respecto de la calificación como extranjero o no nacional de un laudo dictado en nuestro país, pero que no puede, ni debe, a todas luces, calificarse como un laudo interno.

La posibilidad antes dicha fue aprovechada por las leyes francesas (1492 y 1504 del *crc*), la Ley Federal suiza (art. 176) o la belga, además de países latinos, como la de Panamá, reconociendo el que se desarrollen arbitrajes internacionales —con laudos no nacionales— dentro del territorio nacional y bajo el amparo de la Convención de Nueva York.

4.6. La tímida reforma ejercida por 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 (la quinta etapa de la regulación del arbitraje en España)

4.6.1. Antecedentes de la reforma ejercida por la Ley de Arbitraje de 2011

Como antecedentes que llevan a nuestro país a la reforma actual de la Ley de Arbitraje, se habla del proyecto de Ley de Mediación y la desconfianza que el aumento exponencial de chiringuitos institucionales de arbitraje ha generado en la sociedad, así como la reciente reforma de la legislación francesa arbitral, también de 2011.

257 Cfr. MEDRINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Thomson Civitas: 175-176.

4.6.1.1. El proyecto de Ley de Mediación

Se ha publicado²⁵⁸ que el Ministerio de Justicia se ha embarcado en una iniciativa legislativa que parecería bienintencionada, pero que encierra en realidad un paso atrás en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la regulación de la institución del arbitraje, y que puede perjudicar seriamente la imagen internacional de nuestro país como sede para resolución de disputas, en particular como puente natural entre operadores europeos y latinoamericanos.

El impulso del legislador a la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003, acaecida en 2001, venía dado por la introducción en nuestro país de la institución de la mediación en el ámbito civil y mercantil, y por ello se presentan dos anteproyectos, uno, de Ley de Mediación, y otro, de reforma de la vigente Ley de Arbitraje, y reformas complementarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras leyes, como esbozaremos seguidamente.

Como hemos expuesto, la vigente Ley de Arbitraje data de 2003 y supuso sin duda una reforma legislativa que situó el ordenamiento español a la vanguardia de las legislaciones más propicias al arbitraje internacional.

Si nuestra Ley de Arbitraje de 2003 siguió en todo punto la Ley Modelo de la CNUDMI, la doctrina española se ha venido preguntando la razón por la cual el anteproyecto de Ley de Mediación no siguió a la otra Ley Modelo, también elaborada por la CNUDMI, de 2002, sobre Conciliación Comercial Internacional, máxime cuando esa Ley Modelo cumplía sobradamente los estándares de la normativa europea que es justamente la que obliga a nuestro país a trasponer sus normas en la materia.

No es objeto del presente realizar un estudio de la reciente regulación de la institución de la mediación en nuestro país, pero baste reseñar que lo más sorprendente es que se aprovechara el impulso que había que darle a la mediación para introducir, a la par, una reforma de la regulación del arbitraje elaborada desde la desconfianza que últimamente se había desarrollado hacia la práctica arbitral por la *mala praxis* de algunos operadores, denominados peyorativamente «chiringuitos arbitrales», que han dado lugar a malas experiencias en juzgados y tribunales en nuestro país. Dichas instituciones nacidas en los últimos años, se dice, buscaban tan sólo el beneficio económico que eventualmente parecía ofrecer este nicho de mercado de la justicia alternativa, desmarcándose de la verdadera intención que subyace a la institución.

258 CLAVOS ALEGRIA, P., «La reforma de la ley de arbitraje: un paso atrás», en *Cinco Días*, sección Opinión: 03/01/2011.

Pero este hecho aislado, derivado de la *mala praxis* de algunos operadores no puede, *per se*, y en exclusiva, ser la razón que esgrima nuestro país para haber reformado nuestra ley de 2003, sobre todo porque puede ensuciar la buena imagen que nuestro país ha venido dando desde 2003 ante el arbitraje internacional.

Entendemos que la reforma de nuestra ley de 2003, operada en 2001, descansa en otras muy loables razones más allá de la *mala praxis* que hubiera venido sucediendo por tales operadores y que, no obstante, la sanción a dichas malas prácticas podría y puede conseguirse a través de otros medios existentes en nuestro ordenamiento, más allá de hacerlo mediante la reforma de una buena ley existente desde 2003.

4.6.1.2. La reforma de la Ley de Arbitraje francesa

Mientras en España se tramitaba la reforma de la Ley de Arbitraje, Francia acababa de culminar la modificación de las disposiciones que sobre arbitraje se hallan en su Código de Enjuiciamiento Civil mediante Decreto número 2011-48 de 13 de enero de 2011, algo muy esperado por la comunidad arbitral francesa e internacional, que pretendía modernizar un cuerpo legislativo de más de 30 años de antigüedad.²⁵⁹

Paralelamente, en España se tramitaba parlamentariamente un proyecto de reforma de la Ley de Arbitraje del año 2003, que entró en vigor hacía escasamente ocho años.

Dudamos qué es lo que lleva al legislador español a propiciar una reforma tan cercana en el tiempo, máxime cuando los antecedentes legislativos de la institución arbitral en España nos demuestran que los lapsos manejados se acercan a la media de los 24.6 a 30 años por reforma.

La reforma de la ley española de arbitraje busca todavía más, si cabe, «impulsar el arbitraje» en nuestro país, y así lo indica la propia exposición de motivos del texto de reforma. Lo que no es sino incidir ya en el propio propósito de la ley del año 2003 que pretendía «que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje».

²⁵⁹ «Décret numéro 2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage», en *Journal Officiel de la République Française*, Ministère de la Justice et des Libertés, 14 janvier 2011.

En este sentido, se dice,²⁶⁰ la experiencia de los franceses en materia de arbitraje, y con una nueva reforma, podía ser nuestra inspiración, pero lo que realmente se hallaba en el seno de estas reformas parece ser que es la eterna lucha por ser una sede de arbitraje internacional. La reforma operada en Francia,²⁶¹ según la versión oficial dada, se hacía con el propósito de mantener a la legislación francesa como referente en el mundo del arbitraje internacional.²⁶² Pero se dice que, a la postre, lo que buscaban es mantener a Francia como base de arbitrajes internacionales, en la institución de la Cámara de Comercio Internacional, cuya sede central radica en París desde hace más de ocho décadas y que últimamente parecía estar pensando cambiar de ubicación, sopesando, entre ellos, Ginebra, Suiza.²⁶³

Este afán por fomentar el arbitraje y, sobre todo, por constituirse como sede de arbitrajes internacionales se explica, en buena parte, por los grandes beneficios económicos que entraña, porque el arbitraje, sabemos, no solamente constituye un mecanismo internacional de resolución de conflictos, sino que además es una fuente de negocio para el país en el que se desarrolla, a la vez de la buena imagen que se proyecta al ser sede arbitral. Lo anterior justifica las reformas de la legislación arbitral francesa y española, y es la consecuencia de una competición para promulgar la ley «más favorable» al arbitraje.

Sin embargo, dichas reformas no son, *per se*, suficientes para posicionar al referido país como sede de arbitraje si no es capaz de propiciar una mejora del procedimiento arbitral en su seno, a la vez que se postula que, incluso, una reforma a destiempo puede conseguir el efecto inverso a dicho propósito.

La reforma francesa de las disposiciones del Código Civil de Procedimiento francés relativas al arbitraje es el fin de un proceso que ha durado más de 10 años.

Las reformas llevadas a cabo en Francia se traducen en la simplificación de los requisitos de forma de los convenios arbitrales y, a partir de la entrada en vi-

260 Cfr. SERRA, M., «Principales aspectos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003 de arbitraje y de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, que complementa a la anterior» en *Vlex*, num. 159, abril 2011, en <http://www.diariojuridico.com/especiales-2/reforma-de-la-ley-de-arbitraje.html>

261 Cfr. SEVILA SÁNCHEZ, E., «La reforma del arbitraje en España y Francia: dos reformas, un mismo objetivo», en *Revista Iuris*, La Ley Wolters Kluwer, num. 159, abril 2011, 1 de mayo de 2013 sección semanal columna en http://www.revistauris.com/ver_detalleArt.asp?idArt=65544&action=ver

262 «Rapport du Premier Ministre relatif au Décret n.º 2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage», en *Journal Officiel de la République Française*, Ministère de la Justice et des Libertés, 14 janvier 2011.

263 GRANDJEAN, J.P., «La France se dote d'un nouveau droit de l'arbitrage», en *Les Echos*, num. 20852, 20 de enero de 2011, pag. 12, en <http://www.lesechos.fr/20/01/2011/LesEchos/20852-48-ECH-la-france-se-dote-d-un-nouveau-droit-de-l-arbitrage.htm>

gor de la reforma francesa, los convenios arbitrales previstos para los arbitrajes internacionales no estarán sometidos en Francia a ninguna condición de forma. Asimismo, se prevé la posibilidad de aplicar a un grupo de contratos el convenio arbitral contenido en uno solo de ellos, siempre y cuando dichos contratos sean complementarios, evitando así los problemas derivados de la falta de sumisión a arbitraje de un tercer interviniente ligado a las partes del conflicto por un contrato que no contempla el arbitraje como medio de resolución de controversias. Es la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios, en principio, del mismo.

Se introduce el denominado «juez de apoyo» (*juge d'appui*), que completa la labor del tribunal arbitral con el *imperium* del que éste carece,²⁶⁴ una figura que concuerda con mecanismos ya existentes en nuestra legislación.

Se legislan principios ya aceptados por la propia práctica arbitral internacional, como el principio de confidencialidad, que es ya obligación legal y puede ser exigida por cualquiera de las partes sin necesidad de ser pactada expresamente. También el conocido principio *Kompetenz-Kompetenz*, ya instaurado por nuestra ley de 2003, y el mecanismo anglosajón denominado *Estoppel*, utilizado como medio de defensa frente a la inconsistencia de la conducta de una de las partes (conocido en derecho continental como doctrina de los actos propios, *venire contra factum proprio*). Así, en virtud de la reforma, las partes se encuentran legalmente obligadas por sus conductas anteriores y no pueden, por lo tanto, introducir pretensiones que se contradigan con lo anteriormente reclamado, a la vez que sirve como fundamento de la extensión a terceros no signatarios en el proceso arbitral.²⁶⁵

El decreto introduce a terceros ajenos al procedimiento, y no sometidos al convenio arbitral, en los medios de prueba e incluso les obliga a testificar en el transcurso del arbitraje y, en sede también del proceso arbitral, se permite al árbitro suspender el procedimiento, y ello cuando hasta la fecha no existía ninguna disposición que contemplara este caso, en supuestos que eran anteriormente causa de terminación de dicho procedimiento, como el fallecimiento, indisposición, allanamiento, renuncia de una de las partes; o en caso de recusación del árbitro. Y se

264 «Denial of justice» Decisión "State of Israel vs NIOC", Sentencia de Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil de Febrero 2005 en el caso número 01-13.742/02-15.237», en *The International Arbitration Court Decisions*, 3ª ed., Stephen Boné and Frédéric Bochand, y también en *Revue de l'Arbitrage*, 2005: 693.

265 CRAIG, W. LAURENCE, *France leads in facilitating international arbitration*, 2006, en <http://www.expertguides.com/default.asp?Page=10&GuideID=150&CountryID=5&Author:CraigArbitration>, Paris

atribuye al árbitro la posibilidad de decretar que el laudo arbitral sea inmediatamente ejecutable.

La reforma francesa se pone a la vanguardia de la regulación del procedimiento arbitral internacional al ser la única legislación de arbitraje que contempla la posibilidad de renunciar al derecho de apelar un laudo (Suiza limita el referido derecho de renuncia cuando las partes del arbitraje sean extranjeras), y se modifica también el sistema de recursos, invirtiendo el sentido de la norma vigente hasta la fecha, en el sentido de que no cabrá apelar un laudo arbitral a no ser que las partes expresamente lo prevean. Este punto a su vez, como veremos, se acoge en la reforma española, con sus propias especialidades.

Pero también ha sido objeto de crítica por una parte de la comunidad arbitral internacional al entender que Francia ha perdido la ocasión de llevar a cabo una reforma realmente ambiciosa, ya que se tendría que haber aprovechado la reforma para «separar» la regulación arbitral francesa del Código de Procedimiento francés, y crear así un único código legislativo unitario e independiente regulador del arbitraje y, sobre todo, que se haya operado mediante un acto del poder ejecutivo (decreto) y no mediante tramitación parlamentaria legislativa, mediante ley. Al hacerlo así se ha perdido la oportunidad de abordar modificaciones sustantivas de la regulación arbitral limitándose la reforma a aspectos procedimentales, como el haber dejado fuera la cuestión de quién ostenta la jurisdicción —si los tribunales civiles o administrativos— para conocer de los recursos de anulación interpuestos frente a laudos emitidos en Francia cuando una de las partes es una entidad de derecho público francesa y la otra es extranjera y en la decisión intervienen normas imperativas de derecho administrativo,²⁶⁶ o la validez de un convenio arbitral suscrito por un Estado u organismo estatal cuando la entidad estatal en cuestión haya suscrito un contrato internacional prevaleciendo de su carácter, según los usos y costumbres del tráfico comercial internacional,²⁶⁷ o la doctrina ya asentada en la jurisprudencia francesa: que una sentencia arbitral no pertenece a ningún sistema legal y que su validez solamente podrá ser analizada de conformidad con las leyes

266 Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 17 de mayo de 2010, Decisión «INSERM v. Letten», apud SEVILA SÁNCHEZ, E., «La reforma del arbitraje en España y Francia: dos reformas, un mismo objetivo», en *Revista Iuris*, La Ley Wolters Kluwer, num. 159, abril 2011, 1 de mayo de 2013, sección semanal, columna, en http://www.revistaiuris.com/ver_detalleArt.asp?idArt=65544&action=ver

267 Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 2 de mayo de 1966, Decisión «Galakis», apud SEVILA SÁNCHEZ, E., «La reforma del arbitraje en España y Francia: dos reformas, un mismo objetivo», en *Revista Iuris*, La Ley Wolters Kluwer, num. 159, abril 2011, 1 de mayo de 2013, sección semanal, columna, en http://www.revistaiuris.com/ver_detalleArt.asp?idArt=65544&action=ver

sobre reconocimiento y ejecución que se apliquen en el país donde se pretenda ejecutar el laudo,²⁶⁸ esto es, que permite que el laudo que haya sido anulado en un país pueda ser ejecutado en otro.

Los franceses no superan con esta reforma todos los puntos que debieran haber tratado.

4.6.2. Principales aspectos de la Ley de Arbitraje de 2011. Sus reformas más relevantes

El 10 de junio de 2011 entró en vigor una reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje, de la que interesa destacar los siguientes aspectos.

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, no es, ni pretende ser, una nueva Ley de Arbitraje, sino una mera reforma que afecta aspectos puntuales de la ley existente y otras normas vigentes, y es más, está compuesta por un único artículo con doce párrafos, tras su exposición de motivos, y se completa con una disposición adicional única y cinco disposiciones finales.

Tal como se anuncia en su exposición de motivos, una de sus finalidades es mejorar las condiciones para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales.

La estrategia legislativa para impulsar la modernización de la administración de justicia, en lo que respecta a la introducción de varias reformas en el ámbito del arbitraje, conllevaron a la publicación de la Ley 11/2011 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, y la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a 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 para, por el cauce de Ley Orgánica, conseguir la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

268 Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 29 de junio de 2007, decisión «Putrabilla», apud SEVILA SÁNCHEZ, E., «La reforma del arbitraje en España y Francia: dos reformas, un mismo objetivo», *Revista Iuris*, La Ley Wolters Kluwer, núm. 159, Abril 2011, 1 de mayo de 2013, sección semanal, columna en http://www.revistaiuris.com/ver_detalleArt.aspx?idArt=65544&action=ver

Las modificaciones que introduce la Ley 11/2011, en relación con la ley de 2003, afectan principalmente las funciones judiciales en relación con el arbitraje, el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, las instituciones arbitrales, los árbitros, la sustanciación del procedimiento arbitral, el idioma del arbitraje, y el laudo. Asimismo, regula un procedimiento de carácter ordinario e institucional orientado a resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales. También modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 con el fin de permitir la solicitud de medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales y reforma la Ley Concursal.

A continuación se explican, mencionando los artículos de las disposiciones normativas que se modifican, las reformas más relevantes introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, en su articulado y que acabamos de repasar someramente.

4.6.2.1. La reasignación de funciones judiciales²⁶⁹

Se atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y la competencia para conocer el exequátur de laudos extranjeros. Se mantienen en los Tribunales de Primera instancia las competencias de ejecución (modificación de los arts. 8 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, y 955 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Atribuye a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia sobre nombramiento y remoción judicial de los árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo (que hasta ahora correspondía a las Audiencias Provinciales) y la competencia para conocer del exequátur de los laudos extranjeros, anteriormente en sede del Tribunal Supremo.

Por el contrario, la competencia para conocer de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros seguirá correspondiendo a los Juzgados de Primera Instancia. Lo que es llamativo, por el peregrinar jurisdiccional al que nos hallamos, y que se justifica, quizá, por el empeño de dotar de competencias a

²⁶⁹ Cfr. artículo único, uno, Ley 11/2011.

estos Tribunales Superiores de Justicia, a los que se les achaca no contar con mucho volumen de trabajo. Piénsese por ejemplo, en la actualidad, en el recurso por infracción procesal que queda establecido y residenciado en estos tribunales, que aún se interpone ante el Tribunal Supremo. Ajustes de competencias y trasvases que, hacía tiempo debieron ya solucionarse.

En consonancia con las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, la Ley Orgánica 5/2011 mediante su artículo único, uno, modifica la LOPJ 1/86 para incluir cambios en la materia de arbitraje; así, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia pasarán a conocer de determinadas funciones de apoyo (nombramiento y remoción judicial de árbitros) y control del arbitraje (acción de anulación del laudo) que fije la ley, sin que quepa ulterior recurso contra su decisión. Todas estas atribuciones hasta ahora correspondían a los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil, pero se trasladan ahora al Tribunal Superior de Justicia, por disponer éste de un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los juzgados unipersonales (se añade una nueva letra c al apartado 1 del art. 73 de la LOPJ y el número 5 del art. 85 de la LOPJ, para las peticiones de exequátur y las solicitudes de reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras).

Se modifican otros aspectos relacionados con las competencias en materia concursal de los jueces del concurso y las actuaciones de apoyo al arbitraje (número 4 del apartado 1 y el apartado 3 del artículo 86 ter de la LOPJ).

Además, la nueva ley ha modificado el procedimiento de acción de anulación, que seguirá por los mismos trámites del juicio verbal con algunas especialidades previstas en la reforma.²⁷⁰

4.6.2.2. El arbitraje estatutario en las sociedades de capital

Otra de las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011 afecta al denominado arbitraje estatutario en las sociedades de capital.²⁷¹ La reforma disipa las dudas que

270 Cfr. artículo único, onces, Ley 11/2011, que modifica el apartado 1 del artículo 42 LA 2003.

271 Cfr. artículo único, tres, Ley 11/2011, que introduce dos nuevos, arts. 11 bis y 11 ter, con la siguiente redacción: «11bis. Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sujeción a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los es-

se habían planteado en el pasado y proclama la arbitrabilidad de los conflictos que puedan plantearse en el seno de dichas sociedades, siempre que hayan votado a favor de la cláusula de sumisión a arbitraje dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

La reforma aclara que los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institucional arbitral.

Se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje y se establece, como requisito para someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral (nuevos arts. 11 bis y 11 ter Ley 60/2003) y se mantiene la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso.

4.6.2.3. Reformas en materia de procedimiento concursal

Se potencia la eficacia del convenio arbitral en las situaciones de concurso, siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles y bajo determinadas condiciones dirigidas a evitar perjuicios sobre la tramitación del concurso (art. 52.1 Ley 22/2003, Concursal).

Es un paso positivo, sin duda es el fin de las incertidumbres del arbitraje societario que nunca quedó antes claro en nuestro derecho. Si en alguna tipología de conflictos el arbitraje está más que recomendado es en el conflicto societario, pues la dinámica de los ejercicios societarios casa mal con mantener ejercicios y más ejercicios, pendientes de resolver conflictos en el orden jurisdiccional.

tatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral». Y: «1ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles. 1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella».

El legislador hace bien en encomendar exclusiva y excluyentemente la resolución del conflicto societario, ahora denominado estatutario, a las instituciones arbitrales por el plus de garantía que confieren y su característica de permanencia que precisa un convenio arbitral estatutario que se proyecta indefinidamente en el tiempo. No cabe duda que esa apuesta por el arbitraje institucional obliga a seguir un camino de saneamiento y de refuerzo para hacer posible que el ciudadano deposite en aquéllas la imprescindible confianza para que contribuyan a resolver sus conflictos privados.

Ha sido un éxito, sin duda, que todas las compañías mercantiles puedan sin titubeos ya acceder al arbitraje estatutario no ya en la constitución, sino durante su vida societaria, mediante una mayoría cualificada de 2/3, abandonando la unanimidad del proyecto que lo hacía imposible en la práctica, lo que entrañaba una cierta contradicción con la intención manifestada por el legislador en el preámbulo de contribuir al fomento del arbitraje. Se sale al paso así de quienes sostienen que el arbitraje sea un método de peor condición que la jurisdicción ordinaria, y se da contenido material a las decisiones del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 que hacen equivalentes ambos medios.

4.6.2.4. Reformas dirigidas a ampliar las garantías y la eficacia de los procedimientos arbitrales

Se fortalece el papel de las instituciones arbitrales (art. 14 Ley 60/2003, de Arbitraje).²⁷² Se amplía el abanico de profesionales que pueden intervenir como árbitros²⁷³ (art. 15 Ley 60/2003, de Arbitraje) y se regulan y concretan incompatibilidades de los intervinientes en el arbitraje, en relación con la intervención en una mediación²⁷⁴ (art. 17 Ley 60/2003, de Arbitraje).

²⁷² Cfr. artículo único, cuatro, Ley 11/2011 que modifica la letra a del apartado 1 y se añade un nuevo apartado 3, ambos en el artículo 14.

²⁷³ Cfr. artículo único, cinco, Ley 11/2011 que da nueva redacción a los apartados 1 y 7 del artículo 15 que quedan redactados como sigue: «1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista. 7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno».

²⁷⁴ Cfr. artículo único, seis, Ley 11/2011 que añade un nuevo apartado 4 al artículo 17 con la

Se regula el aseguramiento y se concretan las responsabilidades de los árbitros²⁷⁵ (art. 21 Ley 60/2003, de Arbitraje).

Se abre la posibilidad, por las partes, los testigos y peritos, y por cualquier tercero que intervenga en el procedimiento arbitral, de utilizar la lengua propia²⁷⁶ (art. 28 Ley 60/2003, de Arbitraje). Por lo que la reforma afecta también al idioma del procedimiento, con el objetivo de facilitar que todas las personas que intervengan en el procedimiento (testigos, peritos, así como las propias partes) se expresen en su propio idioma, salvo que, obviamente, las partes hayan acordado otra cosa; y se regula expresamente la posibilidad de solicitud de medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales (art. 722 LEC).

4.6.2.5. Reformas en el estatuto de los árbitros

La reforma afecta también la condición de los árbitros, como se ha esbozado. Salvo que las partes acuerden otra cosa, en los arbitrajes de derecho que deban resolverse por árbitro único se requerirá la condición de jurista. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista. Además, se establece que salvo acuerdo en

siguiente redacción: «4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas».

275 Cfr. artículo único, siste, Ley 11/2011 que añade un segundo párrafo nuevo al apartado 1 del artículo 21 con la siguiente redacción: «Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas».

276 Cfr. artículo único, ocho, Ley 11/2011 que modifica el apartado 1 del artículo 28 quedando redactado en los siguientes términos: «1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. 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. La parte que alegue desconocimiento del idioma tendrá derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice, sin que esta alegación pueda suponer la paralización del proceso. Salvo que en el acuerdo de las partes se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo primero. En todo caso, los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral, tanto en actuaciones orales como escritas, podrán utilizar su lengua propia. En las actuaciones orales se podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquélla».

contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

Otro de los aspectos novedosos de la reforma afecta a la responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales. A partir de ahora se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, cuya cuantía se determinará por vía reglamentaria, como también lo hace la regulación de la mediación respecto a los mediadores. Quedan exceptuados de esta obligación las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas.

4.6.2.6. Reformas que afectan al laudo arbitral

Se opta por la solución a favor del arbitraje cuando el laudo se dicte fuera de plazo (art. 37 Ley 60/2003, de Arbitraje).

Se hace eco nuestra reforma, en clara influencia francesa, de la exigencia de la motivación del laudo (art. 37 Ley 60/2003, de Arbitraje).

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar, la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo, el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él, y la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de diez días, y sobre la solicitud de complemento y la rectificación de la extralimitación, en el plazo de veinte días, previa audiencia de las demás partes. Y además, el plazo dispuesto en el artículo 37 se aplicará a las resoluciones arbitrales sobre corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

En sede de la motivación del laudo y evitando la incongruencia extensiva, se acoge el remedio específico para poder rectificar la extralimitación parcial del laudo cuando resuelve cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje (art. 39 Ley 60/2003, de Arbitraje).²⁷⁷

²⁷⁷ Cfr. artículo único, nueve, diez y once, Ley 11/2011.

Respecto a los plazos de emisión del laudo, teniendo en cuenta que uno de los principales atractivos del arbitraje es su celeridad, la reforma establece que los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de la expiración del plazo para presentarla, el cual podrá ser prorrogado por un plazo no superior a dos meses. Se pone fin a esta cuestión de largo estudiada por la doctrina arbitral.

La nueva ley establece que salvo acuerdo de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará la eficacia del convenio arbitral ni la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. Esta última aclaración debe ser bienvenida, pues en el pasado las Audiencias Provinciales habían entendido que un laudo arbitral emitido fuera de plazo estaba viciado de nulidad.

Como se ha dicho, se mejora el procedimiento de anulación del laudo del artículo 42 de la Ley 60/2003, de Arbitraje.

Se elimina la diferencia entre laudo definitivo y firme, y siempre produce efectos de cosa juzgada, aunque se ejerciten contra él acciones de anulación o revisión (art. 43 Ley 60/2003, de Arbitraje).²⁷⁸

Pasando a las formalidades que debe reunir el laudo arbitral, la nueva ley establece que el laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra.

4.6.2.7. El procedimiento para resolver los conflictos internos entre la administración general del Estado y sus entes instrumentales

Se había venido proclamando la necesidad de contar con una regulación en sede de la resolución de conflictos entre la Administración estatal y sus entes instrumentales, por lo que la Ley 11/2011 contiene una disposición adicional única de suma importancia por la que se establece un procedimiento para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales.

Se regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para la resolución de conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales en la disposición adicional única de la Ley 11/2011.

²⁷⁸ Cfr. artículo único, doce, Ley 11/2011.

4.6.2.8. La regulación del arbitraje internacional²⁷⁹

Respecto a la regulación del arbitraje internacional, salvedad hecha ya hasta la saciedad respecto al carácter monista español, siguen manteniéndose a salvo las reformas puntuales antes dichas, los criterios de atribución de internacionalidad del arbitraje en nuestro país, tratados al analizar la ley de 2003, si bien, actualizadas sus interpretaciones conforme a la más avanzada jurisprudencia, no sólo de nuestros órganos de justicia, sino la emanada de derecho comparado y, lo más significativo, de esa jurisprudencia llamada arbitral, práctica de su aplicación por árbitros, de instituciones tan prestigiosas como sería la CCI de París.

4.6.3. Juicios de valor sobre la reforma de 2011

Como dicen los prácticos nacionales,²⁸⁰ «de forma parecida a lo que ocurre al pintar un puente colgante, que tan pronto como se acaba en un extremo se reanuda en el otro, las leyes nacionales de arbitraje y las reglas de las instituciones arbitrales se revisan constantemente a medida que el derecho y la práctica evolucionan. La nueva ley ha dado una nueva capa de pintura a la Ley 60/2003, mediante un conjunto de reformas cuyo acierto o desacierto deberá confirmar la experiencia práctica. En caso de que el legislador no haya acertado, siempre estará a tiempo de empezar a pintar de nuevo el puente por el otro extremo».²⁸¹

279 Para profundizar en la materia sobre fuentes de arbitraje, véase: CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, 1995: 151-154, 172-187; CUARTERO RUBIO, M^a VICTORIA, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, 1997: 54-73, 94-111, 128-132, 166-172; CUCARELLA GALIANA, LUIS-ANDRÉS, *El procedimiento arbitral, Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje*, 2004: 36-41; MIERNO MERCHAN, J.F. y CILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de derecho arbitral*, 3^a ed., Thomson Civitas, 2006: 907-910, 912-917, 929-930, 1469-1509 (procedimiento arbitral), 999-1015, 1073-1120; MEDINA, J.M.C. y MERCHAN, J.F.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1^a ed.: 257-282; *ibid.*, 2^a ed., 1991: 471-533.

280 MONTARA, M. «Una nueva capa de pintura para la Ley de Arbitraje de 08/09/2011», en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/una-nueva-capade-pintura-para-la-ley-de-arbitraje.html>

281 La cita procede del prólogo que John Beechey, presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ha escrito para la obra *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*, coincide con la reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje, Difusión Jurídica, apud MONTARA, M. «Una nueva capa de pintura para la ley de arbitraje de 08/09/2011», en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/una-nueva-capade-pintura-para-la-ley-de-arbitraje.html>

La Ley 60/2003, de Arbitraje, no era una mala ley, aunque era mejorable, como todo. La reforma no supone un gran salto cualitativo ni importantes cambios, ni tampoco tiende a desincentivar el que España atraiga arbitrajes internacionales porque, ante todo, se trata de una ley española para la jurisdicción española, aunque, mediante el sistema monista por el que viene optando, regule también el arbitraje internacional, pero en todo caso se debe analizar bajo el prisma de la realidad socio-jurídica española.

Podemos alabar los avances que supone la reforma, y que esta se destina, principalmente, a la realidad española interna, pero, por otra parte, destacan algunos aspectos claves que la modificación ha obviado, como en lo relativo al arbitraje internacional, máxime cuando la propia exposición de motivos de la reforma de 2011 vuelve a incidir en el consabido propósito de relanzar a España como foro atrayente de arbitrajes internacionales.

Frente a la reforma francesa, la ley española cuenta con la ventaja de ser una reforma sometida a tramitación parlamentaria, lo que era motivo de crítica en el caso francés, pero, con todo, además se le critica que podía haber impuesto verdaderas modificaciones sustanciales, ya que se optó por una reforma tan cercana en el tiempo de la promulgación de la buena ley de 2003, que no han tenido lugar.

Por su parte, la reforma de la Ley de Arbitraje española ha sido criticada, al intervenir tan sólo ocho años después de la entrada en vigor de la ley de 2003. En este sentido, se puede defender que una modificación tan temprana de nuestra legislación puede provocar el efecto inverso al propósito que persigue según su exposición de motivos, pues arroja dudas a la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento, y si está destinada a «contribuir al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos, y en especial, del arbitraje», según la exposición de motivos, esta reforma parece reflejar la desconfianza existente en nuestro país en una mala utilización del procedimiento arbitral que ha ido generándose a lo largo de estos últimos años en España. Para paliar estas prácticas se introducen algunas reformas a las que nos referiremos seguidamente, si bien hemos de adelantarnos a la conclusión de que han sido pocas las reformas introducidas en este sentido y, por otro lado, que, si quería este país reforzar su atracción como sede arbitral internacional, debería haber resuelto problemas prácticos —con solución esbozada en la jurisprudencia— como el relativo a la prejudicialidad penal en el arbitraje, situándose, si así hubiera procedido, a la vanguardia de los ordenamientos arbitrales internacionales, pero la reforma poco añade al arbitraje internacional.

La reforma de la Ley de Arbitraje española introduce, además, una serie de medidas que son poco significativas o casi innecesarias. Como ejemplos de inuti-

lidades, se crea un mecanismo denominado «excepción» de arbitraje que impide que un juez conozca de una determinada controversia cuando rija entre las partes de la misma un convenio arbitral. La mencionada «excepción» es la propia declinatoria utilizada hasta ahora en nuestra LEC; tiene el mismo sistema, con la única particularidad de que la excepción podrá interponerse hasta el momento de contestación a la demanda y que las partes podrán solicitar que se celebre una vista respecto de la misma, algo que por otro lado ya se halla en el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁸²

Un claro desacierto de la reforma de la Ley de Arbitraje española es la restricción del arbitraje societario en nuestro ordenamiento jurídico. Así, tras años de evolución doctrinal y jurisprudencial,²⁸³ se regula por primera vez esta institución y se hace de forma restrictiva al prohibir, sin motivo aparente, el arbitraje *ad hoc* en materia societaria. En cuanto a arbitraje societario y estatutario, la reforma permite, por fin, el arbitraje a las empresas que coticen en bolsa, antes excluidas por su complejidad, lo que es de alabar, por otro lado, aunque introduce tan sólo tres artículos que se ven insuficientes.

Finalmente, la reforma introduce determinadas modificaciones de la Ley de Arbitraje que, si bien podrían resultar positivas, resultan incompletas, como el hecho de que el Tribunal Superior de Justicia sea ahora el órgano competente para conocer del nombramiento judicial de los árbitros, de la acción de anulación planteada frente a un laudo arbitral y del reconocimiento de laudos extranjeros, pero dicha redistribución deja fuera de la competencia de dichos tribunales otras cuestiones igualmente relativas al arbitraje como, por ejemplo, el conocimiento de los recursos de apelación planteados contra los Autos estimatorios de la declinatoria o excepción de arbitraje.

282 Cfr. art. 63 de la LEC: «Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y tribunal competente para conocer de ella. 1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores. También se propondrá declinatoria para denunciar la falta de competencia de todo tipo. Si la declinatoria se fundare en la falta de competencia territorial, habrá de indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones. 2. La declinatoria se propondrá ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitirla por oficio al día siguiente de su presentación».

283 Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1996.

Igualmente, no sería justo dejar de mencionar dos aportaciones de la reforma española que resultan positivas, como es la obligación imperativa de que los laudos se encuentren motivados, y la obligación de las instituciones arbitrales de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad e independencia de los árbitros, así como por la transparencia en su designación, quizás en el empeño de lavar la imagen de la proliferación de lo que se ha venido a llamar chiringuitos arbitrales.

Y ello porque ya se venía clamando que se introdujeran criterios de transparencia en la designación de los árbitros para dotar de confianza a la institución arbitral, pieza crucial para el buen desarrollo del sistema y el proceso en que descansa, basado en que para la designación del árbitro se cuente con los datos del perfil del árbitro, bien definidos, para sopesar las partes su elección, ya que no es deseable que se encuentren con sorpresas posteriores y, por ello, en la mayoría de las ocasiones, prefieren la neutralidad que se espera de una institución para la designación de éstos.

Uno de los avances más celebrados en materia de arbitraje institucional es la ampliación de la figura del árbitro a la categoría de «juristas», pues antes sólo podía ser ejercida por abogados en ejercicio. Ahora, la ley permite la entrada a registradores, profesores de derecho o notarios, sin perjuicio de que los «no juristas» puedan resolver arbitrajes en equidad.

Respecto a la situación actual de las instituciones de arbitraje podemos seguir afirmando que existe un exceso de oferta en las instituciones arbitrales y que debe tenderse a una fusión de las mismas, abogando por el aforismo de «más vale calidad que cantidad» porque no debemos olvidar que la institución arbitral es vital al progreso del comercio internacional, sin la cual no hubiéramos, jamás, asistido al fenómeno de la globalización comercial y deslocalización de la oferta y la demanda,²⁸⁴ algo que, sin duda, ha potenciado la evolución, en sí misma, del ser humano en sus relaciones transpersonales. Un mecanismo mediante el que actualmente se están resolviendo importantes controversias como la expropiación de Repsol, en Argentina, o el caso de Red Eléctrica, en Bolivia.

Existe un exceso de oferta en las instituciones arbitrales, y no han sido pocas las peticiones para que se legisle una fusión de las instituciones existentes u ordenación del sistema, algo que pudiera haber aprovechado esta reforma de

284 ALFONSO, J.M. DE, «¿En qué progreso el arbitraje institucional con la reforma del 2011?», 01/09/2011, en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/%C2%BBEn-que-progreso-el-arbitraje-institucional-con-la-reforma-del-2011.html>

2011 y que no ha hecho. Si gravitaba la razón de la reforma de la ley de 2003, ocurrida en 2011, en el hecho de paliar los efectos negativos de la proliferación desordenada y sin control de estos chiringuitos arbitrales, la reforma pudiera haber introducido normas tendentes a la adecuación y ordenación del sistema arbitral institucional en nuestro país. Pero claro, la pregunta es, cómo hacer esta criba, algo aún no solucionado.

Se ha criticado la exigencia que afecta a la responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el sentido de que esta obligación introducida es excesiva y puede ser un obstáculo a que árbitros internacionales arbitren en España, pero lo cierto es, como sostienen nuestros prácticos, que es una buena medida justamente porque a lo que tiende es a mitigar el problema al que nos venimos refiriendo: la proliferación desordenada de oferta institucional arbitral, en ocasiones bajo *mala praxis*. Con esto, tan sólo se equipara a estos profesionales a los ya ejercientes en nuestro país que, por supuesto, han de estar cubiertos por un seguro de responsabilidad civil en el ejercicio de su profesión, para garantía y seguridad de los consumidores finales del servicio, ya que todo profesional serio, nacional o extranjero, trabaja con una póliza de seguros de responsabilidad civil, sea ésta individual o colectiva. Como se sostiene,²⁸⁵ los justiciables se merecen instituciones sólidas, bien organizadas, transparentes y eficientes, y todo paso en esa dirección es apropiado.

También es positiva la reforma porque exige a las instituciones arbitrales velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia, todo ello traducido en la nueva dicción del artículo 14.3. Es de reseñar que el término «velar por» ha sustituido al «garantizarán» empleada en el proyecto, y ello porque garantizar la independencia es, en todo caso, algo de imposible cumplimiento para las instituciones, máxime cuando la reforma no amplía sus facultades en este punto ni les dota de cauces necesarios ni coactivos para ello frente a terceros intervinientes en el proceso, e incluso reseñar que en el anteproyecto se hablaba de garantizar no sólo la independencia, sino además la imparcialidad, que, como actitud psicológica que es, y en el ámbito subjetivo de la conducta, hacía también muy difícil un posible control inicial por las instituciones. Alabamos que finalmente se consiguiera al menos el término como viene redactado.

285 ALFONSO, J.M. DE, «¿En qué progresa el arbitraje institucional con la reforma del 2011?», 01/09/2011, en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/%C2%BFen-que-progresa-el-arbitraje-institucional-con-la-reforma-del-2011.html>

Se tratan todas esas nuevas obligaciones de una apuesta del legislador por las instituciones arbitrales y con objeto de evitar las malas prácticas de algunos, últimamente, que no pueden permanecer como meros tramitadores en el arbitraje porque juegan un papel importante en el mismo.

Cabe señalar que entre las cuestiones más en boga discutidas en la actualidad en nuestro país encontramos el clamor de que los arbitrajes, mejor dicho, los laudos, puedan ser ejecutados notarialmente, como existe, por ejemplo, desde 1946, en nuestra Ley Hipotecaria, dicha facultad en sede de ejecuciones de derechos reales de garantía hipotecara, en un marcado apoyo a su visión contractualista, desligada, en la medida de lo posible, de la institución jurisdiccional. Tampoco este clamor ha servido con fuerza suficiente para encontrar apoyo en la reforma, como tampoco se regula la eterna cuestión de la prejudicialidad penal en el arbitraje.

Pero, en suma, analizadas la reforma española, y la francesa que le sirve de inspiración, deberíamos haber aprovechado la experiencia de nuestros vecinos, haber aprendido más de sus éxitos y sus fracasos, al igual que ellos debieron haber tenido el valor de fijarse también en nuestra muy preparada comunidad arbitral, a fin de obtener, ambos países, una legislación de las más avanzadas en materia de arbitraje a nivel internacional. Una oportunidad perdida para ambos ordenamientos que, por falta de recíproca humildad, supone un freno en el avance, quizás esperado, en la regulación de esta institución.

Con todo, podemos concluir que nuestro país, pese a sus vaivenes del pasado, todos ellos superados, y con acierto en términos generales, cuenta con una buena y avanzada regulación del arbitraje en su vertiente internacional, acorde y a la par de ordenamientos jurídicos más vanguardistas de nuestro entorno en el arbitraje comercial internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GREIDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2001.
- ALFONSO, J.M. DE, «¿En qué progresa el arbitraje institucional con la reforma del 2011?», en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/%C2%BFen-que-progresa-el-arbitraje-institucional-con-la-reforma-del-2011.html>
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.
- ALMENAR BELENGUER, M. y CARBONELL LLORENS, C., «Jurisdicción y registro de la propiedad y mercantil, nuevas áreas de interés común», en *Revista Estudios de Derecho Procesal*, num. 43, 2003.
- ALONSO, J.M., *El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad*, Bosch, Barcelona, 2009.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Los juzgados de primera instancia ante el exequátur de laudos arbitrajes extranjeros», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ, P., *La anulación del laudo arbitral: el proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996.
- AMERASINGHE, F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- ANDENAS, M. y WOOLDRIDGE, F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009.
- ARIAS, D., «Los grupos de sociedades y el arbitraje», conferencia pronunciada en el Centro Internacional de Arbitraje Mediación y Negociación CIAMEN-IEE, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 12 de abril de 2012.
- ARNALDEZ, J.; DERAINS, Y. y HASCHER, D., *Collection of ICC Arbitral Awards, 2001-2007. Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 2009*.
- BARONA VILLAR, S., *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Thomson-Reuters-Civitas, Madrid, 2007.

- BARONA VILLAR, S. y MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la ley de arbitraje, (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004.
- BEECHY, J., «Evidence, Argument, Dr. Johnson and Grotius», conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 3 de mayo de 2012.
- BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. DE, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje, Ley 36/1988 de 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991.
- BERNARDINI, P. y GIARDINA, A., *Codice dell'arbitrato*, Milano, 1990.
- BOISSÉSON, M.; JUGLART, M., y BELLET, P., *Le droit français de l'arbitrage*, 1983.
- BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales, estudios sobre arbitraje*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- BROWN, H. J. y MARRIOTT, A.L., *ADR Principles And Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- BUCHER, A., «L'ordre public et le but social de lois en droit international privé», en *Recueil des Cours*, num. 239, 1993.
- BUGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitrer ex compromisso*, Montecorvo, Madrid, 1990.
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos, transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2001.
- CABALLOL ANGELATS, L., *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 1997.
- CALVO CARAVACA, A. y AREAL LUDENA, S., *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005.
- CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CARBONNEAU, T., *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, West Group, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., «Artículo 12, 3.º», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977.
- CARRILLO ZAMORA, M., *La impugnación internacional de la sentencia arbitral por fraude procesal: estudio particularizado de la controversia limítrofe anglovenezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011.
- CASTRO, F. DE, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992.
- CECHELLA, C., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile. L'arbitrato*, UTET, 1991.
— *L'Opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995.

- CHARTIER, Y. y MESTRE, J., *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Presses Universitaires de France, 1988.
- CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1978.
- *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1991.
- *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2006.
- CHUKWUMERJE, O., *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, 1994.
- CLAROS ALEGRÍA, P., «La reforma de la ley de arbitraje: un paso atrás», en *Cinco Días*, publicado el 03/01/2011.
- COHEN, D., *Arbitrage et société*, París, 1993.
- COLOCASSIDES, C.L., *The Exclusion of Foreign Laws*, Cambridge University Press, 1954.
- CONTHE, M., «Las buenas prácticas en el arbitraje», conferencia pronunciada en el Centro Internacional de Arbitraje Mediación y Negociación CIAMEN-IEE, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 22 de septiembre 2011.
- CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 2005.
- *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 1995.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *La excepción de orden público en el derecho internacional privado español*, 1975.
- CREMADES, B. M^a., «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», en *La Ley*, Madrid, 1998.
- *Estudios sobre arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 1977.
- *España ante el arbitraje comercial internacional, estudios sobre arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1979.
- *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1975.
- CRISCUOLO, F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.
- CRUZ VILLALÓN, J., «El arbitraje laboral en la reforma legislativa», ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla, 1995.
- CUARTERO RUBIO, M.V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.
- CUCARELLA GALLIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- DAMIÁN MORENO, J., *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, 2011.
- DAVID, R., *Le droit du commerce international*, Editorial Económica, 1987.

- DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª ed., Wolters Kluwer Law, 2005.
- DOIG DÍAZ, Y., *La terminación del proceso por satisfacción extraprocésal*, Wolters Kluwer Law, España, 2008.
- DOLLE, H., «Der ordre public im Internationalen Privatrecht; Deutsche Landesreferate zum dritten Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung», en *Beiträge zum zürcherischen recht*, Tübinga, 1950.
- ENCISO ALONSO-MUÑOZ, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, Wolters Kluwer Law, España, 2007.
- FELEMEGAS, J., *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tráfico jurídico externo y sistema de derecho internacional privado*, 1985.
- «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales», en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII, Iustel, Madrid, 2009.
 - *La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
 - «La situación actual de arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986.
- FERRARI, A., *L'abuso del diritto nelle società*, 1998.
- FOUCHARD, P.; GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996.
- FREDERIC MUNNÉ, C., *La administración del arbitraje: instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, «Derecho aplicable y orden público comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas*, num. 3, 1993.
- GARBELI LLOBREGAT, J., *Comentarios a La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GARROTE, JIMENA L., *El principio de integración sistémica en el CIADI: los casos sobre servicios*, Buenos Aires, 2008.
- GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 1998.
- GOLDMAN, *La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public dans le fonctionnement de la regle de conflit de lois*, Paris, 1969.
- GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español», en *Anuario de Derecho Internacional*, 1975.

- GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, La Ley, Wolters Kluwer Law, España SA, 1ª ed., febrero 2008.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales*, Poder Judicial, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ SORIA, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial de laudo arbitral*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988.
- *Comentarios a La Ley de Arbitraje, 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.
- GRANDJEAN, J.P., «La France se dote d'un nouveau droit de l'arbitrage», disponible en http://www.lesechos.fr/20/01/2011/LesEchos/20852-48-ECH_la-france-se-dote-d-un-nouveau-droit-de-l-arbitrage.html
- GRIGERA NAÓN, H.A., *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, 1992.
- HARTLEY, T.C., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2009.
- HENI, «Der Materielle rechtliche Ordre Public im Neuen Schweizerischen Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit», en *Fests Für Walther J. Habschied*, 1989.
- HEREDIA CERVANTES, I., *Arbitraje y concurso internacional*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004.
- HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Wolters Kluwer Law and Taxation, 2009.
- IRURTAAGOIENA AGERREZABALAGA, L., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona, 2010.
- JACKSON, J., «No Place Like Home: Public Policy and Prudent Practice in the Conflict of Law», en *West Virginia Law Review*, 1988.
- JARROSSON, C. y OPPETT, B., *La notion d'arbitrage*, 1987.
- JARVIN, S. y DERAINS, Y., *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985: Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Wolters Kluwer Law and Taxation, 1998.
- JARVIN, S.; DERAINS, Y. y ARNALDEZ, J., *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990: Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Wolters Kluwer Law and Taxation, 1994.
- KRENDLER, R., «Current Challenges in the Evidence In International Arbitration: The New IBA Rules and Their Likely Influence», conferencia pronunciada en el Centro Internacional de Arbitraje Mediación y Negociación CIAMEN-IEE, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 12 de diciembre 2011.

- LANDO, O., *The lex mercatoria in International Commercial Arbitration*, 1985.
- LATTANZI, F., «Valor absoluto o relativo dei principi di ordine pubblico», en *Rivista di diritto internazionale*, 1914.
- LAURENCE, CRAIG W., «France leads in facilitating international arbitration 2006» en <http://www.expertguides.com/default.asp?Page=10&GuideID=150&CountryID=5>
Author: Craig Arbitration, Paris
- LORCA NAVARRETE, A.M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.
- *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Tecnos, 1989.
- *Derecho de arbitraje interno e internacional. Derecho vasco del arbitraje*, La Primitiva Casa Baroja, 1986.
- «Estudios de derecho de arbitraje; examen crítico a la nueva ley de arbitraje», Instituto Vasco de Derecho Procesal y Congreso de Derecho Vasco de Arbitraje, San Sebastián, 1988.
- MANTILLA SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, 2005.
- MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANEBARRO, S., *Comentario a la ley de arbitraje*, Marcial Pons, 2006.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P., *El nuevo régimen del arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2011.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, 1984.
- MERINO MERCHÁN, J.F., «La lucha contra las prerrogativas estatales en el Arbitraje Comercial Internacional», Documento de Trabajo, Serie Arbitraje internacional y resolución alternativa de conflictos, num. 3, 2008, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, Madrid.
- MERRILLS, J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2011.
- MIAJA DE LA MUELA, A., «Indicios de atenuación del orden público en el derecho internacional español», en *Multitudo Legum. Ius Unum*, Festschrift Fur W. Wengler, Interrecht, Berlin, 1973.
- MOLINA CABALLERO, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, Colección Estudios y Ensayos, Universidad de Málaga, 2002.
- MONTARÁ, M., «Una nueva capa de pintura para la ley de arbitraje», en <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-4/opinion-arbitraje/una-nueva-capa-de-pintura-para-la-ley-de-arbitraje.html>
- MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Civitas, 1990.
- MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Thomson-Reuters-Civitas, Navarra, 2007.
- MOSCONI, F., «Exceptions to Operation of Choice of Law Rules», en *Recuils des Cours*, num. 217, 1989.

- MUÑOZ SABATÉ, L., *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje*, La Ley, Madrid, 2011.
- *Jurisprudencia arbitral comentada. Sentencias del Tribunal Supremo 1891-1991*, Bosch, Barcelona, 1992.
- NICOTINA, G., *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, 1990.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica*, Colex, 1997.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T., «El contrato de compromiso y la institución arbitral», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1977.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. Una visión histórica desde la nueva ley*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 2006
- «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho Mercantil*, num. 201, 1992.
- «Uncitral: Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI», en *Revista de Derecho Mercantil*, num. 207, 1993.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de laudos arbitrales: El laudo como título ejecutivo*, Bosch, Barcelona, 1996
- ORTEGO PÉREZ, F., *La competencia territorial indisponible*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2002.
- PARDO IRANZO, V., *La ejecución del laudo arbitral*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Los efectos atenuados en el derecho español de instituciones extrajeras contrarias al orden público», en *Anales de La Academia Matritense del Notariado*, 1976.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Arbitraje, mediación, conciliación*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*. Textos legales, comentarios y formularios, Comares, Granada, 1991.
- PERALES VASCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2005.
- PÉREZ GORDO, *La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje*, Zaragoza, 1981.
- PÉREZ VERA, E., «El concepto de orden público en el derecho internacional», en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, num. 7, 1984.
- PERRET, L. y ULISES MONTOYA, A., *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español: Liber amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabcew*, Cultural Cuzco, 1989.
- PETEL, P., *Les obligations du mandataire*, 1988.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y proceso internacional*, Bosch, Barcelona, 1987.

- «Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto del derecho español», en *Arbitraje y proceso internacional*, 1982.
- REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Edersa, Madrid, 1980.
- «Le reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères», en *Académie de Droit International*, num. 184, 1984.
- RIZO GÓMEZ, M.B., *La competencia territorial. La sumisión tácita*, Iustel Portal Derecho, 2006.
- ROCA AYMAR, J.L., «El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992.
- RODRÍGUEZ-AROLEIROS, J., *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2010.
- ROLIN, H., *Vers un ordre public réellement international. Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, París, 1960.
- RUILOBA SANTANA, E., *Sobre el concepto y delimitación del orden público en el derecho internacional privado*, Reus, 1974.
- RUIZ PERIS, J.I., *El privilegio del grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RUSCETTA, F.; CARADONNA, M. y NOVELLI, F., *La mediazione civile: nomina, attività e tariffe del mediatore tecniche di mediazione: obblighi antiterrorismo e antiriciclaggio: responsabilità del mediatore*, Milanofiori Assago: IPSOA Wolters Kluwer, 2011.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional*, Civitas, 1993.
- SÁNCHEZ POS, M.V., *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009.
- SANTOS SALCEDO, H., *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid, 2006.
- SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, 5ª edición, Montecorvo, 1989.
- SANTOS VJANDE, J.M., *Declinatoria y declinatoria internacional. Tratamiento procesal de la competencia internacional*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SCHIZZEROTTO, G., *Teoria e pratica del diritto. Dell'Arbitrato*, 2ª ed., Giuffrè, 1982.
- SENÉS MOTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2007.
- SEVILA SÁNCHEZ, E., «La reforma del arbitraje en España y Francia: dos reformas, un mismo objetivo», en http://www.revistajuris.com/ver_detalleArt.asp?idArt=65544&action=ver
- SIERRA, M., «Principales aspectos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, que complementa a la anterior», en <http://www.diariojuridico.com/especiales-2/reforma-de-la-ley-de-arbitraje.html>

- SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, 1995.
- SPERDUTI, G., «L'ordine publico in diritto internazionale privato», en *Rivista di diritto internazionale*, 1976.
- TOHARIA CORTE, J.J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- VILARIÑO PINTOS, E., *Teoría de la negociación internacional*, Andavira, Santiago de Compostela (Galicia), 2010.
- VÁSQUEZ PALMA, M.F., «Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección», en *Revista chilena de derecho privado*, num. 16, 2011.
- WATTE, N., «Quelques remarques sur la notion d'ordre public en droit international privé», en *Revue critique de jurisprudence belge*, 1989.
- YÁÑEZ VELASCO, R., *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.