



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Miguel Ángel Esbrí Montoliú
11/06/2015

Director: Dr. Luis Martínez Vázquez de Castro
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Jaume I, Castellón.

PRESENTACIÓN

«El arbitrador atiende a lo razonable, y el juez, a la ley. Y fue precisamente por eso por lo que se llegó al hallazgo del arbitrador, para que predomine lo razonable». Aristoteles, *Retórica* (año 322 a.C.), Alianza Editorial, Madrid, 2005, pág. 127.

«Los juzgadores que hacen sus oficios como deben, tienen de nombre, con derecho, “Jueces”, que quiere tanto decir como hombres buenos, que son puestos para mandar y hacer derecho. (...) Hay aún otros que son llamados en latín “árbitros”, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes». Alfonso X el sabio (año 1270). *Las siete partidas. Partida tercera. Título 4: de los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar. Ley 1*, www.librodot.com, pág. 69.

«20.6 Arbitraje: A menos que haya un arreglo amistoso, cualquier conflicto cuyo fallo (de haberlo) de la Junta de Resolución de Conflictos no ha sido definitivo ni de cumplimiento obligatorio, se decidirá finalmente mediante arbitraje internacional, según las leyes (según el significado de las leyes de Panamá). A menos que ambas Partes convengan lo contrario:

- a) El conflicto será finalmente decidido bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (las “Reglas”).
- b) Además de estas Reglas, el arbitraje se llevará a cabo de acuerdo con el Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional.
- c) El conflicto será resuelto por tres árbitros, quienes serán todos abogados en ejercicio, nombrados de acuerdo con el Reglamento.
- d) El arbitraje se decidirá en derecho (conforme al significado de Ley Panameña) y se llevará a cabo en el idioma de las comunicaciones que se define en la Subcláusula 1.4 (*Leyes e Idioma*).
- e) La sede del arbitraje será en Miami, Florida, Estados Unidos de América.

- f) El acuerdo de arbitraje y el arbitraje se regirán por la Ley Federal de Arbitraje de los EE.UU., Título 9 del Código de los EE.UU., Sección 1 y subsiguientes.

Los árbitros tendrán plena facultad para abrir, revisar y modificar cualquier certificación, decisión, instrucción, opinión o valoración del Representante del Empleador y cualquier fallo relevante al conflicto que haya expedido la Junta de Resolución de Conflictos. Nada deberá descalificar al Representante del Empleador de ser llamado como testigo y presentar pruebas ante los árbitros sobre cualquier asunto que sea relevante al conflicto.

A ninguna de las Partes se le limitará, en las diligencias ante los árbitros, en cuanto a las pruebas o alegatos presentados con anterioridad ante la Junta de Resolución de Conflictos para obtener su fallo, ni en cuanto a las razones de la insatisfacción que haya dado en su aviso de insatisfacción. Cualquier fallo de la Junta de Resolución de Conflictos será admisible en el arbitraje como prueba.

El arbitraje podrá comenzar antes o después de la terminación de las Obras. Las obligaciones de las Partes, del Representante del Empleador y de la Junta de Resolución de Conflictos no deberán alterarse por razón de ningún arbitraje que se esté llevando a cabo durante el progreso de las Obras».

(Condiciones del Contrato de Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas del Canal de Panamá, Volumen III, punto 20.6 (Julio 2009). Contrato entre la Autoridad del Canal de Panamá y Grupo Unidos por el Canal, integrado mayoritariamente por la empresa española SACYR, por US\$ 3.500 millones (sin las adendas posteriores) y supone el mayor contrato en valor económico de la historia para una empresa española en el extranjero hasta la fecha).

INDICE

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. INTRODUCCIÓN	1
INTRODUCCIÓN	5
1. Una primera aproximación	5
2. Una aproximación crítica	9
a. La Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953	9
b. La Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre	11
c. La Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil	17
CAPÍTULO PRIMERO: REGULACIÓN LEGAL. NATURALEZA Y CONCEPTO	19
I. REGULACIÓN LEGAL: La ley 60/2003, de 23 de diciembre, la ley 11/ 2011, de 20 de mayo y la ley orgánica 5/2011, de 20 de mayo	19
I. NATURALEZA DEL ARBITRAJE.....	37
A. Teoría contractual	37
B. Teoría jurisdiccionalista.....	43
C. Teoría mixta, sincrética o ecléctica.....	52
D. Autonomía institucional del arbitraje	58
1. Justificación constitucional	62
2. Mecanismo de autocontrol	65
3. Capacidad resolutoria de conflictos	69
II. CONCEPTO DE CONVENIO ARBITRAL.....	71
CAPÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN JURÍDICO. ELEMENTOS DEL CONVENIO: ELEMENTOS PERSONALES: LAS PARTES Y LOS ÁRBITROS.....	75
I. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES	77
A. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y su incidencia en el convenio arbitral.....	77
B. Supuestos especiales:.....	80

1.	Menores sujetos a patria potestad y tutela	80
2.	Menores emancipados	83
3.	El beneficio de la mayoría de edad	86
4.	Menores emancipados por matrimonio	86
5.	Menores de vida independiente consentida	87
6.	Personas incapacitadas	87
7.	Tutores y mandatarios	91
8.	Cónyuges	92
9.	Concurados	94
10.	Personas jurídicas	99
	a. Planteamiento general	99
	b. Supuestos especiales de capacidad para suscribir un convenio arbitral	103
	1. Asociaciones conforme a la ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo	103
	2. Fundaciones conforme a la ley 50/2002, 26 de diciembre	104
	3. Sociedades cooperativas reguladas por ley 27/1999, de 16 de julio	105
	4. Sociedades de capital reguladas por real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio	106
	5. La sociedad civil del artículo 1665 del Código Civil	107
II. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO		111
	A. Planteamiento general, la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a un arbitraje	111
	B. La firma; la expresión del consentimiento por escrito	111
	C. La aceptación tácita del consentimiento en un convenio arbitral	113
	D. La aceptación de someterse a arbitraje en negocios jurídicos derivados	117
	E. La aceptación de arbitraje por subrogación y cesión de créditos	118
	F. La aceptación de arbitraje en los contratos de adhesión y la protección del consumidor	121
	G. La aceptación por socios en los estatutos de sociedades de capital. Especial referencia a los socios no fundadores	127

CAPÍTULO TERCERO: ELEMENTOS DEL CONVENIO: ELEMENTOS REALES Y FORMALES. LA INTERPRETACIÓN.....	131
I. EL OBJETO	131
A. El objeto en la Ley de Arbitraje	131
1. Son las cuestiones litigiosas surgidas o por surgir.....	131
2. Son cuestiones litigiosas de Derecho Privado.....	133
a. Supuestos especiales	135
1. Arbitraje en materia de consumo.....	135
a. Ausencia de formalidades especiales.....	136
b. El carácter vinculante y ejecutivo del laudo	138
c. La sumisión del arbitraje ha de ser voluntaria y constar por escrito	139
d. Exclusión de las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.....	140
e. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas	140
2. Arbitraje relativo a la ordenación del seguro privado	141
3. Arbitrajes especiales.....	146
a. Arbitraje de propiedad industrial	147
1. Es un arbitraje privado.....	148
2. Es un arbitraje restringido	149
3. Otras peculiaridades	149
4. Firmantes del convenio arbitral de marcas.....	150
5. Materias sobre las que puede tratar el arbitraje especial de marcas.....	151
6. Procedimiento arbitral	153
7. Constitución del colegio arbitral	154

8. El convenio arbitral	155
9. Efectos del convenio arbitral	156
10. El laudo arbitral: efectos.....	157
11. Conclusiones	158
b. Arbitraje en materia de ordenación de los transportes. Transporte terrestre y aéreo. Agencias de viaje	158
c. Arbitraje deportivo.....	162
d. Arbitraje testamentario.....	167
1. Introducción.....	167
2. Alcance subjetivo	174
3. Alcance objetivo.....	179
4. La forma del arbitraje testamentario	182
5. La aplicación de la ley 60/2003 al arbitraje testamentario.....	186
6. Conclusión.....	189
3. Las partes han de tener la libre disposición sobre las materias a las que se refiere la cuestión litigiosa.....	191
a. Supuestos históricos de materias disponibles	194
b. Supuestos constitucionales de disponibilidad.....	195
c. Criterios semánticos de disponibilidad	196
d. Las limitaciones a la facultad de disponer	197
e. La imperatividad de las normas	197
f. El carácter público de alguna de las partes	200
g. Las «materias de libre disposición» en la jurisprudencia de las leyes de arbitraje 36/1988 y 60/2003	204
4. Atribución imperativa de jurisdicción. Supuestos problemáticos de inarbitrabilidad.....	208
a. Arbitraje en materia de arrendamientos.....	208
1. La regulación del convenio arbitral en los arrendamientos urbanos antes del 6 de junio de 2013	209
a. Posturas doctrinales	210

b. Posturas jurisprudenciales	214
2. La nueva regulación del convenio arbitral en los arrendamientos urbanos post 6 de junio de 2013	217
3. Los conflictos derivados de la propiedad horizontal.....	225
b. Arbitraje en materia de sociedades:	228
1. El arbitraje societario en la jurisprudencia sobre la ley 36/1988.....	229
a. La afección de los derechos e intereses de terceros accionistas que no son individualmente parte en el arbitraje	254
b. El carácter imperativo del derecho societario cuando se trata de proteger los intereses de los accionistas minoritarios o de terceros	260
2. Las reglas del nuevo artículo 11 bis Ley 60/2003	263
Estructura del artículo	265
1. Artículo 11 bis apartado 1	265
a. Tipo de sociedades	266
b. ¿Quién somete a arbitraje?.....	278
c. ¿Qué conflictos se pueden someter a arbitraje societario?.....	271
d. ¿Es posible un convenio arbitral societario en equidad?.....	272
e. ¿Cabe un convenio arbitral que recoja un arbitraje societario e internacional al mismo tiempo?.....	274
2. Artículo 11 bis apartado 2.....	276
a. Introducción de la cláusula arbitral en los estatutos	276
b. La forma de introducción de la cláusula arbitral	276
3. Artículo 11 bis, apartado 3	278
a. Las reglas y su alcance.....	278

	b. Acuerdos impugnables	282
	c. Causas de impugnación	282
	d. Los árbitros del arbitraje societario.....	284
B.	El objeto del convenio arbitral en el Derecho Convencional: Derecho de las Convenciones de Nueva York y Ginebra	287
1.	Como presupuesto de validez de la cláusula compromisoria.	287
	A. El posible conflicto entre la ley del foro y una de las dos reglas territoriales contenidas en el artículo I de la Convención de Nueva York	289
	B. La ambigüedad de la cláusula compromisoria	292
2.	Como presupuesto de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral	294
II.	LA CAUSA.....	297
III.	LA FORMA	301
	A. La interpretación del artículo II del Convenio de Nueva York debido a su formalismo	310
	B. La prueba de la existencia del acuerdo de voluntades	316
IV.	LA INTERPRETACIÓN	319
1.	El árbitro o tribunal arbitral.....	319
2.	El tribunal judicial	324
	a. La interpretación del convenio cuando se plantea una excepción dilatoria en sede judicial	324
	b. La corrección de las operaciones arbitrales tras el laudo arbitral	326
	1. En trámite de anulación del laudo arbitral.....	326
	2. En trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en país distinto al que se dictó: el <i>exequatur</i>	329
	a. La congruencia con lo pedido	329
	b. El principio « <i>iura novit curia</i> »	330
	c. La voluntad de las partes.....	332

d. Los principios constitucionales y el derecho a la tutela judicial efectiva	335
3. Por una institución de arbitraje.....	340
1. La Cámara de Comercio Internacional de París	341
2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT	343
4. Por las partes	346

CAPÍTULO CUARTO: AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL..... 349

I. AUTONOMÍA	349
A. Autonomía sustancial.....	349
1. Principio de competencia	353
2. Principio de separabilidad	356
3. Control de la competencia de los árbitros	357
4. Extensión del objeto de la competencia: Las excepciones oponibles	359
5. Momento del planteamiento de las excepciones y de la decisión sobre la competencia	362
B. Autonomía conflictual	363
1. La autonomía conflictual en la ley de arbitraje de 1953	364
2. La autonomía conflictual en la ley de arbitraje de 1988	376
3. La autonomía conflictual en la ley de arbitraje de 2003	379
a. Elección por las partes de la normativa aplicable	388
b. La falta de elección de normativa por parte de las partes	393
c. Elección de la equidad como forma de resolver las controversias	395
II. CONTENIDO.....	397
A. El contenido necesario del convenio arbitral	397
1. Las cuestiones litigiosas que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas	397

2.	La manifestación de la voluntad inequívoca de las partes de acudir al arbitraje	397
3.	El convenio arbitral abarca tanto a las relaciones jurídicas contractuales como a las no contractuales	398
4.	Expresión de que la solución de las cuestiones litigiosas se sometan a la decisión de los árbitros y la obligación de cumplir sus decisiones	398
B.	. El contenido conveniente.....	399
CAPÍTULO QUINTO: EFECTOS E INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL		403
I.	EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL.....	403
A.	Efectos positivos	403
B.	Efectos negativos	408
II.	INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	413
CAPÍTULO SEXTO: INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL		421
CAPÍTULO SÉPTIMO: LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. SU INCIDENCIA EN EL CONVENIO ARBITRAL.....		427
I.	INTRODUCCIÓN	427
A.	La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos.....	427
B.	La mediación, el arbitraje, la negociación y la conciliación. Similitudes y diferencias	430
II.	LA LEY 5 /2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS MERCANTILES CIVILES.....	431
A.	Objeto y fin de la ley.....	431
B.	Supletoriedad y armonización con otras legislaciones	432
III.	CONCEPTO. MODELO, PRINCIPIOS Y OBJETO DE LA MEDIACIÓN.....	435

A. Concepto de mediación.....	435
B. Modelo de mediación.....	436
C. Principios informadores de la mediación.....	437
D. Objeto de la mediación.	438
IV. LAS PARTES EN LA MEDIACIÓN	439
V. EL MEDIADOR Y LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN.....	441
A. El mediador.....	441
B. Las instituciones de mediación	442
VI. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	445
A. Pre-mediación	445
1. Solicitud de inicio	445
2. Sesión informativa	446
3. Sesión constitutiva	447
B. Mediación	448
1. Desarrollo de las actuaciones o sesiones de mediación	448
2. Terminación del procedimiento	448
3. Reclamación de cantidad	449
VII. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN	451
A. Requisitos del acuerdo de mediación.....	451
B. El acuerdo de mediación como título ejecutivo.....	451
C. Control de legalidad del acuerdo de mediación por parte del notario	452
D. Ejecución judicial del acuerdo de mediación	453
VIII. MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL	455
A. Modificaciones legales en el proceso civil	455
B. Ausencia de la posibilidad de establecer la mediación como requisito prejudicial obligatorio.....	456
IX. IMPULSO Y DIFUSIÓN DE LA MEDIACIÓN	457

Conclusiones	459
Bibliografía	475
Legislación	495
Sentencias de referencia	499
Adenda 1	515
Adenda 2	516

AGRADECIMIENTOS

Hace ya no pocos años que conocí al profesor Luis Martínez Vázquez de Castro, Catedrático de Derecho Civil en la Universitat Jaume I de Castellón. Me rondaba la idea de acometer un trabajo de investigación en materia jurídica y pensé que el Prof. Martínez Vázquez de Castro podría ser la persona adecuada. Él profesor accedió a mi petición y me propuso que escogiese un tema relacionado con el arbitraje. Finalmente, varios años de trabajo estudiando doctrina y jurisprudencia española dieron como fruto este libro que el lector tiene en sus manos y que fue base de una tesis doctoral sobre el convenio arbitral en el derecho español. Considero un deber ineludible dejar aquí constancia de mi reconocimiento y gratitud hacia mi director de tesis y maestro por la atención y dedicación que me ha dispensado durante estos años y que, junto con su exigencia, rigor y afán por el trabajo bien hecho, han posibilitado la culminación feliz del trabajo que ahora presento. Agradecimiento que también incluye el notable esfuerzo que el Prof. Martínez Vázquez de Castro tomó sobre sus espaldas para revisar meticulosamente mi trabajo. En todo este tiempo he podido comprobar la profundidad de los planteamientos y la amplitud de sus conocimientos en materia jurídica y, concretamente, arbitral.

La presente obra ha dado como fruto una segunda publicación, en concreto una monografía sobre el arbitraje en la ley panameña. Gracias a los conocimientos y experiencias acumuladas durante la realización de la tesis y de este segundo trabajo, he estado en condiciones para organizar diversos cursos y eventos de carácter internacional sobre arbitraje y he completado mis conocimientos participando en diferentes cursos y actividades académicas sobre dicho tema en prestigiosas universidades extranjeras.

Como decía líneas atrás, son la dedicación y la paciencia del Doctor Luis Martínez Vázquez de Castro las que han posibilitado mi avance en el conocimiento de esta institución jurídica y me ha puesto en condiciones de culminar y continuar hasta el presente mi tarea investigadora sobre arbitraje, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Castellón, enero 2017.

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

INTRODUCCIÓN GENERAL Y METODOLOGÍA UTILIZADA

En el año 1991, el profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO publica la segunda edición de *La Cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, CIVITAS, Madrid, tras la promulgación de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE 7 de diciembre de 1988). El esqueleto de ese trabajo era una disección jurídica de esta institución, que estudiaba desde la óptica civilista el régimen jurídico de la cláusula en: su regulación legal, los elementos personales de la misma (con un análisis detallado de la capacidad jurídica de las partes que podían contratar, así como los supuestos especiales que requerían capacidad para pactar una cláusula arbitral) y las distintas formas de prestar el consentimiento a esta cláusula; los elementos reales, las materias objeto de arbitraje (tanto las típicas, como las más controvertidas) y los elementos formales, con un estudio sobre las formas especiales para la validez de la cláusula compromisoria. El profesor seguía examinando la autonomía de la cláusula (como instituto autónomo y separado pese a estar en el mismo documento) sobre el contrato principal en que era recogida y los efectos que de ello se derivaban; analizaba la intervención del juez en esa cláusula (no tanto en la ejecución del laudo y sus efectos relacionados —materia más propia del Derecho Procesal—) y concluía enfocándose en estudiar los supuestos que convertían la cláusula en ineficaz.

Era un estudio desde la perspectiva civilista y de las instituciones del derecho civil español, dejando de lado otras muchísimas cuestiones (como serían los aspectos procesales, la intervención de la administración pública, la ejecución de laudos arbitrales, el exequátur de los laudos extranjeros, los contratos mercantiles y las cláusulas de arbitraje, y un largo etcétera que serían propios de un estudio inmenso del arbitraje desde el derecho procesal, administrativo, internacional público, mercantil, comunitario, etc.), pero demostró tener su importancia para comprender la institución arbitral.

Desde entonces hasta el presente año 2014 se ha producido un hecho fundamental: la ley de arbitraje de 36/1988 terminó su vigencia el 26.marzo.2004, tras la promulgación de la nueva ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26.diciembre.2003).

Además, otra serie de leyes han venido cambiando la regulación y el entendimiento que se tenía de la naturaleza de esa institución.

Se citan en este trabajo algunas de las leyes que, directa o indirectamente, pero de forma clara, inciden en la institución arbitral. Y por supuesto ya no se habla ni en la doctrina ni en la jurisprudencia de la cláusula compromisoria, sino del acuerdo o convenio arbitral mucho más omnicomprendido, de ahí el título elegido: *El convenio arbitral en el Derecho Español*.

Lo anterior viene a colación porque el esquema para el acercamiento y estudio de esta institución que trazó el profesor en el referido estudio sigue siendo muy válido para este trabajo, pues no es más que la yuxtaposición de instituciones del derecho civil español a la nueva y variada regulación y a las nuevas delimitaciones de la jurisprudencia del TS y del TC. Junto a esto se han analizado los principales estudios publicados a raíz de la nueva ley arbitral, con las opiniones doctrinales y ordenando esas opiniones en cuanto afectan al estudio presente, muchas de ellas en citas a pie de página; véase en la bibliográfica utilizada los textos usados de la doctrina española.

Este trabajo consiste en tomar la cuadrícula o falsilla del estudio anterior y ponerla sobre toda la nueva legislación y jurisprudencia, a modo de cedazo.

Pese a que han aparecido varios textos monográficos sobre aspectos del arbitraje tras la nueva ley 60/2003 y la ley 11/2011 que la reforma, este estudio tiene la ventaja de considerar una aproximación al convenio o acuerdo arbitral en la España de hoy, desde el campo del Derecho Privado.

Así, un tema interesante es la arbitrabilidad o materias que pueden ser arbitrables, tema muy amplio, abierto a nuevos campos y nada pacífico.

Unas palabras finales sobre el porqué del convenio arbitral. Es una de las instituciones jurídicas que no ha dejado de expandirse en el campo contractual y en el tráfico jurídico, y, en concreto, en nuestro caso español, en su vertiente comercial con los países iberoamericanos. Y la razón es la misma que siempre se ha apuntado: la rapidez en la solución de las controversias y la especialización de los árbitros en temas comerciales. Las empresas que expanden sus negocios, y más las que lo hacen allende nuestras fronteras, no están dispuestas a pleitos larguísimos. Quieren unas reglas de juego claras, un pleito resuelto pronto y por expertos. Además, quieren saber en qué lugar se puede ventilar el arbitraje, el idioma, ser parte en la elección del árbitro y de la institución

arbitral que lo verá (sin turno, como los juzgados), y las normas que se aplicarán, sin que tengan temor por las peculiaridades judiciales del país al que exportan, sobre todo en países en vías de desarrollo, con un sistema judicial que todavía no está bien avanzado. Todo ello lo posibilita la ley actual.

Rapidez, agilidad, seguridad y especialidad son las palabras claves para el éxito del arbitraje. Basta leer la prensa económica española de los últimos años para darse cuenta de que la mayoría de las controversias por expropiaciones planteadas en Iberoamérica por empresas españolas van a ser resueltas por arbitraje internacional.

El éxito de un buen arbitraje está en su preparación remota, y para ello es esencial preparar bien la puerta que abrirá el arbitraje, lo que se llamaba antes la cláusula compromisoria, y se conoce hoy como el convenio o acuerdo arbitral. Saberlo entender para pactarlo bien es tener el camino despejado para tener las reglas claras cuando se plantee un arbitraje. El convenio arbitral es importante porque lo es el arbitraje o procedimiento arbitral. He aquí para el estudioso de este tema un trabajo sucinto de cómo tiene que entenderse y pactarse un convenio arbitral.

El presente trabajo sigue el esquema citado, con una introducción y cinco capítulos.

Comienza con una primera aproximación donde se mencionan los principios básicos del arbitraje para el presente trabajo: la autonomía de la voluntad de las partes, la rapidez y la unidad de regulación entre el arbitraje interno y el internacional. Se menciona la importancia de la nueva ley concursal 22/2003 y de la Ley Modelo UNCITRAL. Sigue este apartado con una *aproximación crítica* que no es más que algunas ideas entresacadas de las tres leyes básicas anteriores a la regulación actual, la vieja ley de 1953, la anterior de 1988 y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

El capítulo primero, la regulación actual, trata la *naturaleza* del arbitraje con un resumen de las teorías actuales y una definición o *concepto* de convenio arbitral, que siempre el estudioso tendrá que ofrecer.

Los capítulos segundo y tercero estudian los elementos personales, reales y formales del convenio, como el Derecho de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil: la capacidad para contratar y la forma de prestar el consentimiento para contratar, para obligarse en el convenio arbitral y que pueda desplegar su eficacia. El objeto del convenio arbitral, las materias o la arbitrabilidad, son temas siempre muy actuales dada la constante tendencia a ampliar las materias que caben. Se estudia la causa. En cuanto a la forma que

ha de tener el convenio arbitral, se estudia la amplitud y laxitud con la que se puede expresar conforme la tendencia internacional de la que se hace eco la ley española.

El capítulo cuarto estudia lo que se llama la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal que negociaron las partes y fue el objeto de su contratación y relación jurídica. Aquel no es más que un pacto para resolver cuestiones litigiosas que podrían surgir o ya surgidas. Aquí estudiamos el convenio arbitral en su totalidad omnicomprendiva, tal como ya lo entiende la doctrina, referido a sus dos vertientes:

- a) Como cláusula compromisoria inserta en el contrato principal destinada a resolver los litigios que podrían surgir
- b) Como un compromiso referido para resolver litigios que ya han surgido. Para ello estudia este capítulo los requisitos mínimos que debe de cumplir el convenio arbitral para desplegar sus efectos, esto es, su *contenido*.

Por último, se termina este estudio con un capítulo quinto sobre los *efectos* del convenio arbitral, principalmente frente a los jueces y a terceros. Se estudia también aquellos casos en que el juez estatal entra a valorar el convenio, la *intervención jurisdiccional*, así como los posibles casos de anulabilidad o nulidad, que impiden que despliegue sus efectos previstos, bajo el epígrafe de la *ineficacia* del convenio arbitral.

Se añade una relación de sentencias citadas y de la normativa estudiada.

Vale la pena el estudio del convenio arbitral pues como se cita:

En la era de la globalización no solo gana adeptos, profundidad y extensión, sino que se erige como el destilado consecuente de la uniformización de relaciones jurídicas que la globalización impone por la desaparición de fronteras entre ordenamientos. Si alguna técnica alternativa de conflictos puede asegurar en esta perspectiva una seguridad jurídica a esas transacciones que se multiplican y se extienden en el día a día, esa es sin duda alguna el arbitraje¹.

¹ Cf. MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de Derecho Arbitral* (3ª edición) Thomson-Civitas, 2006, pág. 344.

INTRODUCCIÓN

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

En el presente trabajo trataremos sobre el arbitraje; materia interesante para el legislador y para la sociedad en general, ya que de su ejercicio (tal y como veremos) se desprenden grandes ventajas para el desarrollo material de la sociedad; siendo esta la finalidad perseguida por la «ley modelo» de la UNCITRAL de 1985 (enmendada el 7 de julio de 2006) y, fundamentalmente, por nuestra ley 60/2003, de 23 de diciembre (a partir de ahora, LA).

Tradicionalmente, la colaboración entre sujetos de Derecho (personas naturales o jurídicas) se instrumenta dentro del marco teórico del Estado de Derecho mediante la contratación; mecanismo prolífico en expresiones, ya que tiende a adoptar tantas formas como necesidades tienen las partes.

Una de esas necesidades básicas que constituyen, como dijera ENNECERUS², el «sustrato del contrato», consiste en aunar esfuerzos para, así, incrementar un posible rendimiento económico; esto queda más patente con el fenómeno de la globalización, ya que brinda la oportunidad de atraer a clientes o, en el caso del arbitraje, «controversias» surgidas alrededor del mundo.

Dicho esto, una de las necesidades más perentorias del particular (y, fundamentalmente, del comerciante) se traduce en la rápida solución de los conflictos («controversias», según nuestra ley 60/2003, de 23 de diciembre) que puedan surgir en la ejecución del contrato.

En consecuencia, tres líneas básicas recorren este trabajo:

- 1º. La autonomía de la voluntad de las partes.
- 2º. La exigencia, en un mundo de comunicaciones instantáneas, de adaptar la solución del conflicto a las necesidades, cada vez más urgentes, de los particulares; evitándoles, así, un claro perjuicio. En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (Apartado I) comienza afirmando que «el arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico

² ENNECERUS, Ludwig, *Derecho Civil*, Tomo I, Edición española, Edit. BOSCH, Barcelona, 1953, pág. 533.

jurídico so pena de quedarse desfasada», mientras que la ley 36/1988, de 5 de diciembre comenzaba en su Exposición de Motivos afirmando que «la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho civil en el más estricto sentido de la palabra; la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar, mediante instrumentos de composición arbitral, las controversias que surgen en el tráfico mercantil internacional».

- 3º. La ausencia de una «jurisdicción interestatal»³. No extraña, por tanto, que la LA establezca una misma regulación para el arbitraje interno e internacional, decidiéndose por un sistema «monista» (Exposición de Motivos, Apartado II) y no dualista.

Como observamos, existe en nuestra LA una clara perspectiva internacional; pero no solo en esta ley, pues la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (a partir de ahora, LC), también presenta una clara vocación internacionalista; ya que, en lo relativo a las normas de derecho internacional privado, la LC sigue el modelo del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, a nivel intracomunitario; además de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre⁴.

Asímismo, una de las características del concurso es su naturaleza de «proceso universal»; ya que, conforme al artículo 98.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (a partir de ahora, LEC), se decretará la acumulación de procesos:

Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal.

Esto provoca posibles incidencias entre el arbitraje y el concurso, tema que también trataremos.

³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª edición. Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág.15.

⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Ed. Thomson/Aranzadi, 2005, pág. 64

Por otra parte, volviendo a la LA, hemos de señalar que el legislador ha aprovechado la oportunidad que se le presentaba para depurar los errores de la ley 36/1988, de 5 de diciembre que la práctica había desvelado.

Así, a diferencia de la ley de 1988 (que dedicaba el Título V al laudo arbitral), la LA establece una regulación mucho más genérica, pues el Título VI no solo se refiere al laudo, sino también a la «terminación de las actuaciones arbitrales»; en consecuencia, esto nos obliga a diferenciar entre aquellos pronunciamientos que necesariamente deben formalizarse en un laudo y, por otra parte, formas anormales de terminación del procedimiento arbitral.

Dicho esto, hemos considerado oportuno dividir esta «introducción» en tres partes para dar una visión introductoria amplia que nos prepare para un mejor estudio de los diferentes elementos de la institución arbitral. De este modo, seguimos con una perspectiva crítica de las cuatro leyes que más importancia han tenido recientemente en nuestro país.

2. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA

a. La Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953

El principal mérito de esta ley consistió en la unificación de la regulación de la institución arbitral, reuniendo en un solo texto legal las cuestiones tanto contractuales como procesales. Con esta intención, su disposición derogatoria general disponía que «quedan derogadas cuantas disposiciones regulen los arbitrajes privados, y sustituido íntegramente su texto por las prescripciones de la nueva Ley».

Así, quedaron «sustituidos», entre otros, los artículos 1820 y 1821 del Código Civil (dedicados al compromiso), 50 y 638 del Código de Comercio; 487 y 790 a 839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.⁵

En este sentido, cobraba importancia la definición que la ley de 1953 dio del arbitraje:

La institución por la que una o más personas da solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.

Se trataba de una ley que obedecía a la concepción, eminentemente *iusprivatista* defendida, en la época, por el profesor Jaime Guasp Delgado, conocida por algunos como Ley Guasp.⁶

Precisamente, por esa visión contractualista de la institución arbitral, se distinguió entre «contrato preliminar de arbitraje» y «compromiso», poniéndose el acento en este último.⁷

Asimismo, adolecía de un excesivo formalismo; que se traducía, entre otras exigencias, en la formalización judicial del contrato preliminar, la necesidad de escritura pública notarial para el contrato de compromiso (arts. 5, 16, 17), y que el laudo se dictase ante notario (arts. 27.6º y 30).

⁵ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, Ed. Thomson-Aranzadi, 2005, op. cit. pág. 54.

⁶ BARONA VILAR, Silvia (Coordinadora): *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Ed. Thomson-Civitas, 2004, pág. 54.

⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.152 y ss.

Este formalismo estaba fundamentado en el orden público nacional; principio fundamental de la legislación preconstitucional que posibilitaba que la ley de 1953 desconociera el arbitraje internacional y, con ella, también los tribunales hasta el Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981.⁸

Se distinguía entre arbitraje formal e informal; ya que, conforme al art. 3, «El arbitraje, para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley. Ello no obstante, cuando, en cualquier forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubieren aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en el concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio».

En materia de designación de árbitros, se prohibía la posibilidad del arbitraje administrado o institucional, al prohibirse la posibilidad de encomendar a un tercero la designación de los árbitros (arts. 20 y 22).⁹ Esto difiere radicalmente de la LA, tal y como veremos.

Destacaba la introducción de un doble sistema de recursos contra los laudos, que distinguía entre laudos de derecho o de equidad; así como la unificación de las dos categorías de arbitraje que existían en el acervo jurídico peninsular desde *Las Partidas* de Alfonso X (Partida III, Título IV)¹⁰: el juicio de árbitros y la amigable composición.

Ahora bien, el instrumento para la impugnación era el proceso: no existía otro; de modo que las partes se encontraban ante un sistema impugnatorio riguroso y formal que conducía, en última instancia, ante la jurisdicción ordinaria.¹¹

Por otra parte, la arbitrabilidad dependía de que el objeto del arbitraje perteneciera al ámbito del Derecho Privado, excluyendo los arbitrajes de Derecho Público (arts. 1 y 14), lo que choca con la clara vocación expansiva de nuestra LA.

⁸ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. págs. 55 y 56.

⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.155

¹⁰ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 48 y 49. En *Las Partidas* se hablaba de los *jugadores de albedrío*. La autora recoge un poco de historia del arbitraje, lo que es ajeno a este trabajo sobre el convenio arbitral. Para un estudio a fondo cita el trabajo de MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹¹ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de arbitraje...* op. cit. pág. 50 *in fine*.

Pero si la materia debía ser de Derecho Privado, esto suponía que las partes debían tener la libre disposición sobre la misma (art. 14); de tal forma que, cuando la materia disponible estuviese indisolublemente unida a la materia indisponible, no era posible la resolución de la controversia mediante arbitraje.

Además, para diferenciar el arbitraje de otras instituciones como el arbitraje de terceros, la arbitrabilidad se refería únicamente a temas controvertidos, controversias o diferencias (art.2).

Pero no podía ser cualquier tipo de controversia, sino que debía tratarse de una controversia pendiente; de tal modo que, si no existía con anterioridad al compromiso o, simplemente, no había llegado a nacer, el compromiso se consideraba nulo (art. 15).

La experiencia demostró que fue un error excluir de la institución arbitral los conflictos jurídicos surgidos entre operadores económicos; ya que se consiguió un escaso recurso al arbitraje para la resolución de conflictos, acudiendo las partes a los tribunales.

A esto contribuyó, esencialmente, la práctica inexistencia de una cultura arbitral; ya que, como señala SILVIA BARONA VILAR¹²:

Quizás, lo que el legislador patrio no ha sopesado suficientemente es el hecho de que no hay arbitraje sin cultura arbitral. [...] Si no hay cultura arbitral, si no se desarrollan instituciones arbitrales solventes, si no contamos con árbitros preparados y avezados en el tema del arbitraje, si no modulamos la actuación de los jueces respecto de la institución arbitral, difícilmente tendremos arbitraje interno.

b. La Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre¹³

Como consecuencia de los defectos de la ley de 1953, la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de Derecho Privado venía siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones; reclamaciones a las que se sumó la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a ciertas medidas tendentes a reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales; instando a los gobiernos a que adoptasen medidas

¹² BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, op. cit. pág. 67.

¹³ Vigente hasta el 26 de marzo de 2004.

adecuadas para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».¹⁴

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, el legislador optó por una concepción mixta que le dejaba un amplio margen para estructurar el arbitraje, como instrumento de resolución de conflictos, a medio camino entre el contrato y el proceso, asumiendo que la institución arbitral nace del convenio arbitral (de naturaleza netamente contractual), mientras que el desarrollo del proceso y la función que se ejerce por los árbitros, se inspiran en la concepción jurisdiccionalista de la misma¹⁵.

En el ámbito político, el aparato jurídico que fundamentó la Ley Guasp desaparece con la aprobación de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978; que ofreció al legislador un nuevo campo en el que buscar las bases para un cambio legislativo; así, la ley de 1988 asumió en su espíritu el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y el derecho a la libertad, manifestado en términos relativos en los arts. 33 y 38 de nuestra Constitución.¹⁶

La ley de 1988 admitió expresamente el arbitraje institucional (art.10), esto es, la posibilidad de encargar a cortes privadas la administración del arbitraje; y fue, precisamente, el esfuerzo de estas instituciones el que facilitó que el arbitraje comenzara a consolidarse en España como alternativa razonable al proceso judicial; ya que presentaba como ventajas frente a este la celeridad, menor coste, la confidencialidad y la especialización de quienes resuelven.¹⁷

En este sentido, el profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO diría al respecto¹⁸:

- a) Lentitud: La decisión judicial es necesariamente lenta. Así lo exige la garantía de la seguridad jurídica.
- b) La dilación puede convertir el proceso judicial en una solución costosa. Basta considerar los honorarios que las partes pagan a lo largo del proceso y las costas que

¹⁴ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coordinador): *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs.19-20.

¹⁵ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 51

¹⁶ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 51

¹⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.13; HINOJOSA SEGOVIA, R. *Comentarios...* op. cit. pág.20

¹⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*op. cit. págs.. 13-14

este lleva consigo. El proceso judicial es caro y se encarece en la medida en la cual se prolonga su mismo desarrollo o su revisión.

- c) Necesidades de especialización: El conflicto es resuelto por un funcionario de carrera con gran preparación, pero frecuentemente carente de la necesaria especialización para conocer del conflicto que se plantea y, sobre todo, desprovisto de la mentalidad propia de los hombres de negocios que suscribieron el contrato del cual emergen las dificultades. El juez dictará la solución al conflicto aplicando el sentido común. Normalmente hará justicia, no por sus conocimientos técnicos de la materia, sino por el sentido común que la función jurisdiccional desarrolla con los años. Su mentalidad de funcionario se reflejará muy probablemente en la resolución definitiva, acostumbrado a dar mayor importancia a los aspectos formales de la relación contractual que a la verdadera intención de las partes. Solo quien conozca y viva a fondo las costumbres del sector profesional en cuestión podrá dictar sentencia con arreglo a la mentalidad del ramo en el que se concibió el contrato.
- d) Publicidad: La intervención judicial, también por inevitable exigencia de la seguridad jurídica, debe desarrollarse con publicidad. Las partes, aireando el conflicto, enconan sus posiciones y, lo que en un primer momento quizá fueron leves diferencias de matiz contractual, puede agudizarse hasta el punto de poner en peligro la colaboración de las partes. La publicidad tiene inevitables consecuencias fiscales y monetarias de eventual perjuicio, tanto para unos como para otros, en ocasiones de extremada gravedad, y con frecuencia no puede sino separar a las partes. La decisión judicial implica, en consecuencia, la ruptura de la relación en común mercantil, cuando muy bien puede suceder que el interés de las partes sea exclusivamente arreglar los concretos puntos de fricción salvando, por el bien de todos, la continuidad de la colaboración conjunta.

El arbitraje puede aparecer como la solución más apropiada en los conflictos comerciales para evitar las consecuencias indicadas.

Con esta intención, el legislador permite que los sectores económicos se sirvan del arbitraje como medio para solucionar los conflictos jurídicos, basado en el ejercicio de la función heterocompositiva por los árbitros; al tiempo que la Disposición Adicional Primera se refería expresamente a la aplicabilidad —como Derecho supletorio de primer grado— de la ley común a los arbitrajes regulados por las diversas normas sectoriales.

Simultáneamente se adopta una menor formalidad, como se observa en que ya no existe la exigencia legal de que el convenio arbitral se formalice en escritura pública notarial (art.6); aunque se mantenía esta forma para el laudo que debía protocolizarse notarialmente (art.33.2).

Ahora bien, se optaba por una configuración del convenio arbitral demasiado rigorista; ya que el art. 5 exigía que el convenio arbitral expresase la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje, así como que se expresase la obligación de cumplir tal decisión (el laudo); lo que producía la nulidad de los convenios de arbitraje donde no se expresase esta obligación¹⁹.

Además, la exigencia de una declaración de voluntad expresa para someterse al arbitraje excluía una gran variedad de supuestos, como la aceptación mediante silencio o por actos de ejecución; o los casos en que un tercero, ajeno a la relación contractual, se subrogaba en la posición de uno de los contratantes; por no hablar de los convenios incluidos en cláusulas estatutarias, al faltar el consentimiento expreso e inequívoco de los socios que pasan a formar parte de una sociedad cuyos estatutos ya contienen la cláusula²⁰. Afortunadamente, ambos requisitos han sido suprimidos por el art. 9.1 de la LA²¹.

Por otro lado, la ley de 1988 apuesta por el arbitraje de equidad, al que da preferencia; ya que si las partes no optaban expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros debían resolver en equidad (art. 4.2).

Si bien se adopta un sistema dualista, que implica, además de la distinción entre arbitraje interno e internacional, que el internacional será regulado por preceptos distintos de los del arbitraje interno; respecto del arbitraje internacional, la ley de 1988 ofrecía una regulación exigua: solo el Título X, *De las normas de derecho internacional privado*.

¹⁹ Así, v. gr., la SAP Sevilla (sección 2ª), 18.enero.1993 (RCEA, 1994, pp.248-255, consideró nulo un convenio arbitral porque no constaban las dos exigencias del referido art. 5 LA (1988). En contra SAP Madrid 16.marzo.2000 (RGD, diciembre.2000, nº 675, págs. 15548-15552) opinaba que esas exigencias eran intrascendentes.

²⁰ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 58. También a este respecto los estudios doctrinales de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje*, en LL, 1990, nº 2, págs. 1036-1037. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Tirant lo Blanch, 2002, págs. 134-136. CAMPO VILLEGAS, Elías, *Convenio arbitral y rigidez formalista*, Revista Jurídica de Catalunya, 2000, nº 1. Págs. 67-90; entre otros.

²¹ Por lo que es extraño que algunas cláusulas modelo no eliminaran esos requisitos, por ejemplo, el apartado 5º de la cláusula modelo tipo de arbitraje societario elaborada por acuerdo de las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores y que recibió la aprobación de la DGRN mediante Resolución 1 de octubre de 2001: 5. *Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.*

Como vemos, se trataba de una ley avanzada; pero que también estaba pensada, fundamentalmente, para el arbitraje interno; lo que entorpecía la entrada en España de arbitrajes internacionales²².

El convenio arbitral producía efectos positivos y negativos.²³ Ahora bien, el efecto negativo del convenio —que suponía la incompetencia del juez estatal para conocer del arbitraje que surja del pacto compromisorio—, quedaba anulado si alguna de las partes invocaba la oportuna excepción de arbitraje (art.11.1)²⁴. Afortunadamente, este precepto fue modificado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil al introducir la *declinatoria* como único cauce para hacer valer esta excepción²⁵. Se pone fin así a una contradictoria jurisprudencia de nuestros tribunales en cuanto a la vía a seguir²⁶.

²² HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*,... op. cit. pág. 20.

²³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. op. cit. págs. 175-180.

²⁴ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*..., op. cit. pág. 59. Para mayor abundamiento vide MERINO MERCHÁN, J.F./ CHILLÓN MEDINA, J.M., *La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1989, Págs. 235 y ss.; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, págs. 120 y ss.

²⁵ Actualmente los artículos 63 a 65 de la nueva 1/2000 prevén que una solicitud de suspensión de un procedimiento civil basada en la existencia de un convenio arbitral, mediante el ejercicio de la declinatoria, no impedirá el comienzo o la continuación del procedimiento arbitral (artículo 11.2 LA 2003). Sin embargo, -y esto es lo que critica arriba PERALES VISCASILLAS de la LA 1988- con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, existía un problema jurídico de difícil solución: dado que, en la mayoría de los procesos, las cuestiones de competencia y jurisdicción se resolvían al final en la propia sentencia, el demandado ante los tribunales civiles que quisiera invocar el convenio arbitral podía:

a) Presentar una excepción de sumisión a arbitraje y, además, contestar a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, para el caso de que no se estimara válida la sumisión a arbitraje, con el riesgo de que no se considerara que, al haber contestado a la demanda, renunciaba al arbitraje.

b) Podía limitarse a interponer la excepción de sumisión a arbitraje, con el riesgo de que si se desestimaba, no tendría luego la oportunidad de plantear argumentos de defensa en cuanto al fondo.

La jurisprudencia estaba dividida en cuanto a las soluciones que había que dar a este conflicto. Vide la SAP Vizcaya, núm. 72/2002, de 25 de septiembre, donde se expone y se comenta esta división de la jurisprudencia. Vide también CORDÓN MORENO, Faustino, y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi, 2001, vol. I, págs. 401-402]. Con la entrada en vigor de la LEC y la reforma del artículo 11 de la antigua ley (de cuyo contenido no se aparta la nueva ley), la oposición a una demanda por sumisión a arbitraje se realiza mediante la declinatoria conforme a cuya tramitación se suspende el plazo para contestar a la demanda en cuanto al fondo, mientras el juez civil decide si abstenerse o no, con base en el convenio arbitral. CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo, llamaba ruleta procesal a esta excepción, en *El arbitraje societario*, Boletín del Colegio de Registradores de España, 2000, núm. 65, págs. 2095-2107

²⁶ «Téngase en cuenta que el art. 533-8º LEC (1881) entendía que la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje era una excepción dilatoria. Como al efecto señala muy claramente la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000: «La modificación del artículo 11 de la LA viene exigida por el cambio en el tratamiento procesal de la jurisdicción que la presente Ley opera. Pero, además, ha de contribuir a reforzar la eficacia de la institución arbitral, pues será posible, en adelante, que la sumisión a árbitros se haga valer dentro del proceso judicial de modo que el tribunal se abstenga de conocer al comienzo, y no al final, de dicho proceso, como ocurría a consecuencia de configurar como excepción dilatoria la alegación de compromiso». PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, op. cit. pág. 59. De esa nueva jurisprudencia son reflejo las SAP Madrid 18.03.2004, sección 19ª, RJ 248835; STS 15.09.2004, RJ. 5476.

Finalmente, en cuanto a la arbitrabilidad, se adopta un criterio más jurisdiccional; ya que gira en torno a los conceptos de «cuestión litigiosa» y «diferencias»: ya no se habla de «conflicto».

Simultáneamente, se avanza en el camino hacia un arbitraje más amplio y flexible, expandiendo las materias del arbitraje más allá del Derecho Privado; si bien, excluyendo los arbitrajes laborales.

En consecuencia, se progresa en el criterio de la libre disponibilidad de la materia conforme a derecho (art.1); por lo que quedan excluidas del arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición, y las cuestiones en que, por imperativo legal, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

Podemos concluir que se trató de una ley esencial para la institución arbitral, ya que durante su vigencia se asentó un cuerpo doctrinal relevante, al tiempo que conformaba un inicio de «cultura arbitral»; si bien, como señala SILVIA BARONA VILAR:²⁷

Muy probablemente, las razones de este solo tímido impulso de la institución arbitral en España al amparo de la Ley de 1988 se debieron al momento histórico en que la misma se aprobó (1988), década postconstitucional, marcada por un fortalecimiento del Poder Judicial, lo que evidentemente chocaba con la idea de formas de tutela no judiciales ni jurisdiccionales. El culto al proceso judicial impedía, en todo caso, el fomento de la institución arbitral que, a la postre, se entendía que no ofrecía *a priori* las garantías que, tanto respecto del órgano como del proceso, podían cada vez más encontrarse en el ámbito del Poder Judicial.

Todo este conjunto de características inspiró la opinión general de que se necesitaba de una reforma urgente e importante; sin embargo, existían ciertos defectos técnicos como impedir la ejecución provisional del laudo, máxime cuando tampoco cabía solicitar medidas cautelares durante la pendencia del procedimiento arbitral, que fueron objeto de una reforma anterior: la introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (LEC).

²⁷ BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, op. cit. pág. 52.

c. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

El legislador no fue ajeno a las opiniones doctrinales en torno a las limitaciones de la Ley de 1988; consecuentemente, aprovechó la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para incorporar una serie de normas que dieran un fuerte impulso a la institución arbitral.

Esto se hizo de un modo indirecto al modificar la norma procesal común a la que hay que acudir para integrar los componentes procesales: entre otros, capacidad, legitimación, prueba, introducción de los medios electrónicos, ópticos o similares, la aclaración del laudo y el juicio de revisión; o mediante el expediente de incluir una regulación relativa al arbitraje en la LEC.

En este sentido, podemos indicar tres modificaciones importantes:

- 1) En relación con el convenio arbitral, la Disposición final Octava de la LEC modifica el art. 11 de la Ley de 1988, introduciendo la declinatoria como único cauce de oposición de la vía judicial por existencia del convenio (arts. 39 y 63 y siguientes).
- 2) En cuanto a las medidas cautelares, se permite solicitarlas y adoptarlas durante el desarrollo del arbitraje (y no solo en la fase de anulación); extendiéndose esta posibilidad tanto a un proceso arbitral desarrollado en España como a un proceso arbitral o judicial desarrollado en el extranjero (art. 722).
- 3) En materia de ejecución, la LEC distingue entre laudos nacionales (los dictados en España), a los que se les aplica la LEC (art. 517.2); y los extranjeros (art. 523 y 56 de la Ley de 1988), a los que se les aplicará el Convenio de Nueva York de 1958 y, en menor medida, el Convenio de Ginebra de 1961.

Algunas de estas reformas supusieron una aportación interesante para su consideración en la última ley de arbitraje: la Ley 60/2003, de 23 de diciembre²⁸.

²⁸ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* op. cit. pág. 53. La ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, se publicó en el BOE núm. 309 de 26.diciembre.2003.

CAPÍTULO PRIMERO

REGULACIÓN LEGAL. NATURALEZA Y CONCEPTO

I. REGULACIÓN LEGAL:

La ley 60/2003, de 23 de diciembre²⁹, la ley 11/2011, de 20 de mayo y la ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo.

La LA surge para cubrir dos necesidades perentorias:

- 1) Por una parte, se trata de armonizar el régimen jurídico del arbitraje (en particular, del internacional) para promover la unidad de criterios en su aplicación y difundir su práctica, «unificación» legislativa que toma como base la *Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL). Por tanto, la LA opta por un sistema monista; indicando la Exposición de Motivos (II):

Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el 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. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta Ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta Ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no solo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.

²⁹ Conforme manifiesta la Disposición Final IV de la LA 60/2003, esta ley es resultado del ejercicio del Estado de los títulos competenciales contenidos en los títulos 6º y 8º del art.149.1 CE. Doctrina además ya antes delimitada por sentencias del TC 62/1991, de 22 de marzo, pleno, (TOL.80, 476) y 71/1982 (repertorio La Ley 108-TC/1983).

Esta intención de armonizar nuestra legislación con la de otros Estados persigue obtener un incremento de las relaciones comerciales internacionales, en especial con Iberoamérica, mediante la celebración de convenios en los que se establezca España como lugar de arbitraje;³⁰ la Exposición de Motivos (I) continúa dando las claves:

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo³¹, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común.

Esta Ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional. El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

- 2) Mientras que, por otra parte, el Pacto de Estado para Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, en cuyo apartado 18 se dice que «se promulgará una nueva Ley de Arbitraje que facilite y abarate el recurso al arbitraje y dote de eficacia al laudo arbitral», añadiendo el apartado 19, en el que «se potenciará

³⁰ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 21.

³¹ Sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de arbitraje comercial internacional, publicado en el B.O.E núm. 140 de 12 de junio de 1981.

evitar conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación»³². En este sentido, el último párrafo del Apartado I de la Exposición de Motivos es significativo:

El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas. Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta Ley.

Vistas las circunstancias que impulsaron y condicionaron la redacción de la actual Ley, podemos comenzar a sistematizar sus principales aportaciones; así, encontramos:

1º. La supremacía del *Principio de autonomía de la voluntad*, hasta tal punto que, en palabras del profesor MANUEL OLIVENCIA, se trata de una Ley «predominantemente dispositiva»³³. Dicho de otro modo, prevalece el acuerdo de las partes. Esto es consecuencia de la influencia de los países anglosajones, cuya legislación ha inspirado en buena medida la Ley Modelo de UNCITRAL, tal y como se nos recuerda en la Exposición de Motivos (I):

La Ley Modelo responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidado estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales. Los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje. La Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos.

³² HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 20 in fine -21 in principio.

³³ OLIVENCIA, Manuel, *Las normas imperativas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En el Arbitraje internacional en España: una nueva Ley ante nuevos retos*. Madrid, 4 y 5 de noviembre 2004, organizado por la unión Internacional de Abogados, Pág. 3, citado por PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 62.

Esto se demuestra principalmente en materia de convenio arbitral (art. 9 LA), y en materia de procedimiento (art. 25.1 LA)³⁴; o, incluso, a través de la declaración de voluntad de las partes para que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral (art.4); lo que confiere a la autonomía de la voluntad el estatus de valor conformador e integrador de la LA.³⁵

2º. La LA pretende favorecer el desarrollo de arbitrajes internacionales³⁶ en nuestro país

En este sentido, mientras que la Ley de 1988 distinguía entre arbitraje español y arbitraje extranjero; la vigente LA diferencia entre arbitraje interno e internacional: esto significa la aceptación del posible desarrollo en España de ambos tipos de arbitraje.³⁷

Esta vocación «internacionalista» se desarrolla a través de la definición del arbitraje internacional —que se realiza por primera vez en nuestro ordenamiento— en el art.3, la flexibilidad y favorecimiento del arbitraje internacional —principios de *favor arbitrii* y de favor a la arbitrabilidad— a la hora de determinar los criterios de conexión que otorgarán validez al convenio arbitral y a la arbitrabilidad de la controversia (art.9). En esta línea se encuentra el art. 3.1, c), que considera al arbitraje «internacional» cuando la relación jurídica de que dimana la controversia afecta a intereses del comercio internacional; definición generosamente amplia que, recogiendo la labor

³⁴ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...*, op. cit. pág. 62.

³⁵ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 67.

³⁶ La LA tiene un carácter internacionalista. Es la respuesta legislativa al fenómeno de expansión del arbitraje internacional. El comercio internacional exige en sus negocios seguridad y rapidez; esto tiene su reflejo en la LA con una correcta previsión del proceso y de las causas y formas de resolución de las cuestiones derivadas de la relación contractual. En este sentido la LA define el arbitraje internacional, lo que la diferencia del Convenio de Nueva York que no lo hace. Un paso en esa dirección es la elección de un *derecho procesal arbitral* copiado de la Ley Modelo UNCITRAL. La LA, sigue el criterio del Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industrias y Navegación, de arbitraje comercial internacional (BOE núm. 13182, de 12.junio.1981) que se justificaba por el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área Iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país que producía que la técnica arbitral por empresarios y comerciantes se efectuara con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida para nuestro país de las vinculaciones con los países iberoamericanos. Se buscaba mediante este Real Decreto que España fuese sede de arbitraje comercial internacional, se creaba un servicio de arbitraje en el Consejo Superior citado en espera de la futura ley de arbitraje, que fue la de 1988 y la actual de 2003. Para ello la LA, que no quería quedar desfasada, quiere ofrecer ventajas e incentivos en el arbitraje a las personas físicas y jurídicas que opten por el arbitraje para resolver sus conflictos, para que este se desarrolle en España y con arreglo a sus normas.

³⁷ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 68 in principio.

jurisprudencial francesa, pretende favorecer la institución arbitral internacional. Ya que, por esta vía, un contrato en apariencia nacional podría originar un arbitraje internacional, si se entiende que existe esa afectación a intereses de comercio internacional; o, incluso, si el convenio arbitral determina la sede del arbitraje en el extranjero, lo que, unido a la regla del art. 9.6, supone la consagración del *Principio de interpretación favorable a la arbitrabilidad y al convenio*. Pero, para la eficacia de todo este conjunto de «buenas intenciones», se requiere de un enfoque flexible en la aplicación del Derecho; por ello, la Exposición de Motivos (VII) señala que la LA opta por la expresión «Normas jurídicas aplicables», ya que la expresión «derecho aplicable» «parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional».

Pero aquí, como advertimos, la LA no innova; sino que se limita a seguir a la Ley Modelo de la UNCITRAL que, en su art. 28.1, utiliza la expresión «normas de derecho», pues se trata de ofrecer a las partes «una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional» (nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL sobre la Ley Modelo, n.º. 35).³⁸

Por ello, en opinión de PILAR PERALES VISCASILLAS³⁹ por esta vía se da entrada a la *Lex Mercatoria* o principios generales del comercio internacional; máxime, cuando el art. 34.2 LA no sujeta los árbitros a un sistema de reglas de conflicto cuando se pronuncia en estos términos:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u

³⁸ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* 2005 op. cit. pág. 64.

³⁹ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 64, que cita, por tener la misma opinión, a GÓMEZ JENE, Miguel. *Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje*, en Diario La Ley, año XXV, núm. 5874, 20 Octubre 2003, pág.3.

ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

También capital, en esta vocación «internacionalista» de la LA, es la definición del arbitraje internacional que se determina en el art. 3:

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que, en el momento de 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 este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
 - c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.
2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Definición que cobra mayor relevancia cuando pensamos que, una norma tan importante para la ejecución de los laudos arbitrales como el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 (art. 46 LA), carece de definición al respecto.

Por tanto, como ya ha observado algún autor⁴⁰, el legislador configura un régimen jurídico tremendamente flexible que permite a las partes, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, y, en defecto de ellas, a los árbitros, el recurso a normas jurídicas que algunos califican de «anacionales»; llegando a superar, en este ámbito, las soluciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Ahora bien, no todo eran luces en la LA; así, podemos observar cómo la competencia para el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros no quedaba clara; ya que, mientras la Exposición de Motivos (II) se refería a la

⁴⁰ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 68.

competencia de las Audiencias Provinciales —tal y como figuraba en el Proyecto de Ley⁴¹—, con la clara finalidad de descargar de trabajo a la Sala Primera del Tribunal Supremo; el art. 8.6 de la LA se remitía al órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuía la ejecución: es decir, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellas, determinándose, subsidiariamente, la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos (art. 955 LEC de 1881).

Pero, como algún autor avanzaba⁴², el Tribunal Supremo venía realizando una excelente labor, favoreciendo la institución arbitral, a lo que se sumaba la escasa especialización —no digamos ya en el Derecho comparado— de los jueces de primera instancia.

Por eso, encontramos la reciente 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 la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Como se indica en el Preámbulo de esta Ley Orgánica (en adelante LO):

Con esta reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, se pretende dotar de mayor seguridad y confianza jurídica a esta institución, para acrecentar la celebración de procedimientos arbitrales, sobre todo desde el plano internacional. Para ello se modifican las atribuciones de los órganos jurisdiccionales en materia de arbitraje.

Se modifican los artículos 73, 85 y 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

Así la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia pasará a conocer determinadas funciones de apoyo (nombramiento y remoción judicial de árbitros) y control del arbitraje (acción de anulación del laudo) que fije la Ley. Pero también se le atribuye el conocimiento de las peticiones de exequátur, solicitudes de reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras. Todas estas atribuciones hasta ahora

⁴¹ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 65 in fine y 66.

⁴² PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 66, la autora cita en su apoyo a GÓMEZ JENE, Miguel, *El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje*. LL nº 5874, 20.octubre.2003, pág. 2, que no deja de criticar la dispersión de criterios, y más, tras la supresión del art. 56. 4 LOPJ.

correspondían a los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil, pero se ha considerado conveniente trasladar al Tribunal Superior de Justicia —con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los Juzgados unipersonales—, que permitirá una mayor unificación de criterios que lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales. Lo anterior no significa que el Juzgado de Primera Instancia no conserve sus atribuciones en materia de ayuda y apoyo al arbitraje, así como para la ejecución de sentencias, laudos, y demás resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras. Pero se aprovecha para delimitar y deslindar las atribuciones del Juzgado de lo Mercantil en materia de arbitraje, que se reducen, en detrimento del Juzgado de Primera Instancia, con lo que se les descarga de cuestiones no estrictamente mercantiles.

Si bien es cierto que la LA sigue vinculándose a un criterio geográfico en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales; ya que conforme al art. 46 de la LA:

1. 1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.
 2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.
- 3º. Preferencia por los arbitrajes de derecho; como se evidencia en el art. 34.1 LA, donde se dice que los árbitros decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.

Se produce, por tanto, un cambio de rumbo en la opinión del legislador; pues si en la presente LA se trata de potenciar el «arbitraje de derecho», la Ley de 1988 daba mayor relevancia al «arbitraje de equidad»; sin que podamos adivinar cuáles han sido las razones que han llevado a este cambio de rumbo, ya que los datos parecen indicar que la mejor solución hubiera sido continuar con la postura de la Ley de 1988.

Esto se hace más patente a la luz de dos hechos significativos⁴³:

⁴³ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 68 *in fine* y 69 *in principio*.

- a) El primero, numérico: las estadísticas arbitrales demuestran, en los arbitrajes internos, una mayor demanda del arbitraje de equidad. De entre todas las posibles razones, pensamos que puede tener mayor relevancia la voluntad de las partes; en tanto estas no pretenden acudir a los tribunales para buscar a la controversia una solución menos agresiva y más conciliadora, lo que puede hacerse fácilmente a través de la aplicación del leal saber y entender.
- b) El segundo tiene que ver con las garantías que ofrece el arbitraje a las partes:

Debe explicarse atendiendo a un plano conceptual o del sistema en su conjunto. La opción que se efectuó en 1988 fue la de preferir la equidad y, coherentemente con ella, negar cualquier posibilidad de una segunda instancia; de una revisión de la aplicación del derecho al caso concreto. Al ser preferente la solución en equidad, esta no puede ser revisada, dado que el leal saber y entender es óbice para ello. Si la opción asumida en la Ley de 2003 es primar el arbitraje de derecho, se está privando a las partes de una garantía procesal innegable que se ofrece en sede judicial —el recurso—. La acción de anulación (como debe ser) es un mecanismo rescisorio de la cosa juzgada (proceso nuevo, a la postre⁴⁴), empero no una posible revisión de la decisión que se ha dictado.

Esta situación presenta indudablemente al arbitraje como menos garantista que el proceso judicial, en cuanto se impide cualquier control de la decisión arbitral en un momento posterior, y ante sede diferente. Aun cuando efectivamente en la Ley de 1988 era imposible el recurso, y aunque se hablase de recurso de anulación, este no contaba con la condición de recurso, cierto es que los arbitrajes que predominaban eran los de equidad. El cambio puede, por lo tanto, provocar un cierto desequilibrio en el régimen de las garantías y, con ello, una tendencia regresiva hacia el arbitraje en determinados sectores⁴⁵.

- 4º. Integración de las nuevas tecnologías, siendo esta una aportación de la LEC del 2000 que —como ya mencionamos— iba a incorporar el legislador a la LA. Sus manifestaciones las encontramos en el articulado de la LA cuando se refiere a la

⁴⁴ Regulado en los arts. 40 y siguientes de la LA; procedimiento nuevo y recientemente modificado por 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 la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁵ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 69.

conformación del convenio arbitral (art. 9), al laudo arbitral (art. 37.2, pár. 2º) o a los actos de comunicación (art.30, en términos muy generales).

Conviene señalar que el art. 37.3 LA elimina el requisito obligatorio de la protocolización notarial —para lo que se requiere escritura pública notarial—, siendo ahora un trámite facultativo; al tiempo que se permite la celebración de arbitrajes «electrónicos».

En este sentido, como puntualiza la Exposición de Motivos (VII):

Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que —análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral— la Ley permite no solo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste de forma escrita, siempre que, en todo caso, quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo la Ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan solo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.

Haciendo una lectura conjunta de estos instrumentos novedosos que requieren las nuevas tecnologías, podemos resumirlos en el télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia —no necesariamente fehaciente— de su remisión y recepción.⁴⁶

Observamos, pues, una relajación de la forma escrita del convenio, que resta importancia a la controversia doctrinal en torno a si la forma escrita era un requisito legal *ad solemnitatem* o *ad probationem*.⁴⁷

5º. La promoción del arbitraje institucional: aquel en que se encomienda a una institución especializada, de naturaleza corporativa, profesional o sectorial la administración del arbitraje.⁴⁸

En este sentido, el art. 14 LA, modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de

⁴⁶ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág.69.

⁴⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula...* op. cit., pág.121, siguiendo a ALBALADEJO en *La forma en el contrato de arbitraje y el llamado contrato de arbitraje informal*, «Actualidad Civil» num.4. 1990.

⁴⁸ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 69 in fine.

regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, es muy claro:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
 - a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
 - b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.
2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Pero la LA no se para en este reconocimiento específico del Arbitraje Institucional, sino que refleja esta intención a lo largo de su articulado; mencionando antes de la reforma al Tribunal de Defensa de la Competencia, sin excluir la posibilidad de los arbitrajes *ad hoc*.

Esta impresión queda reforzada por la posibilidad que abre el art. 4, a) LA, que dispone expresamente que, siempre y cuando la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero (lo que también implica la institución arbitral) a que adopte la decisión.

En consecuencia, esto, sumado a la constante referencia a la autonomía de la voluntad de las partes como valor conformador e integrador del arbitraje, revela un claro fortalecimiento de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje.

6º. Existe una clara determinación dirigida a restringir la intervención judicial en el arbitraje.

LA establece en su art. 7 una declaración imperativa (sus términos no dejan lugar a dudas) del principio de mínima intervención judicial en el arbitraje; si bien, a continuación, en su art. 8 establece los supuestos en que los jueces

pueden intervenir; estableciendo lo que, según voluntad del legislador, sería un *numerus clausus*.

Sin embargo, existen algunos datos que impiden concebirlo como tal; ya que, como señala SILVIA BARONA VILAR⁴⁹:

En la misma Ley de Arbitraje existen otros supuestos, como la remoción de los árbitros, competencia judicial (art. 19), que no se encuentra delimitada en el elenco de supuestos del artículo 8, sin que pueda negarse su eficacia y realidad. Otras cuestiones podrían discutirse, pero hay que ofrecer soluciones a la posibilidad, por ejemplo, de impugnar las costas por indebidas o excesivas, y, no existiendo mecanismo específico conformado para plantear esta pretensión, no queda más posibilidad que entender abierta la intervención del juez y la aplicación de las normas generales de la LEC.

Por otra parte, lo que sí queda claro es que la intervención judicial en sede arbitral puede producirse como medio de colaboración o de control; por ello, la LA delimita con precisión los casos que obedecen a dicha necesidad-control o colaboración-oportunidad.

Así, podemos indicar que corresponden al primer supuesto: el nombramiento de los árbitros, la asistencia en la práctica de la prueba y adopción de medidas cautelares o en la ejecución del laudo; pues la intervención se produce, en este último supuesto, cuando la parte no cumpliera con lo establecido en la resolución arbitral.

Mientras que correspondería al segundo supuesto el conocimiento de la acción de anulación o el exequátur de los laudos extranjeros.

Por todo lo visto, debemos concluir, pues, que la claridad con que se expresa el legislador en estas cuestiones expresa su convicción de que el arbitraje «es y debe ser» dirigido por los árbitros, mientras que el proceso judicial, debe serlo por los jueces y magistrados.

7º. La concesión de la tutela cautelar a los árbitros

Ya hemos indicado, al hablar de la Ley de 1988, los problemas que esta materia originaba a las partes; así como la reforma introducida por la LEC de

⁴⁹ BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 70, nota (31) donde llega a esta conclusión analizando los arts. 8 y 19 de la LA.

2000 y que, felizmente, ha sido asumida por la LA en su art. 23, conforme al cual:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.
2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Lógicamente, al carecer el árbitro de *imperium*, la ejecución de la medida cautelar deberá efectuarse por el órgano jurisdiccional; lo que nos lleva a las normas aplicables de la LEC, si bien moduladas por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Llegados a este punto, la doctrina discute si cabe que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares sin audiencia de parte; cuestión muy discutida a nivel internacional, como demuestran las elaboraciones del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación Internacional de la UNCITRAL, donde en el 42º período de sesiones (Nueva York, 10-14 enero 2005), se alcanzó un consenso entre los partidarios y los detractores de las medidas cautelares *inaudita parte*.

El compromiso consiste en la creación de una nueva categoría jurídica: la medida preliminar o *preliminar order (stop order)* que podrá ser otorgada «*inaudita parte*», aunque por un máximo de 20 días y sin posibilidad de reconocimiento y ejecución.⁵⁰

- 8º. En octavo lugar, el convenio arbitral; ya que la LA clarifica muchos aspectos del convenio arbitral, siguiendo las soluciones jurisprudenciales de los últimos años sobre algunas cuestiones básicas: los componentes de validez del convenio, sus

⁵⁰ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 67. La autora cita (vide nota 115) a MAGRO SERVET, Vicente, en *Los juzgados de los mercantil y su competencia en materia de arbitraje*, Revista la Ley, 7.junio.2004, nº.6034, pág. 4, y *La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 20.abril.2004, nº. 6000 D-91, págs. 1850 y ss. CALVO CARAVACA, Luis, en *Medidas cautelares y arbitraje privado internacional*, La Ley, 16.noviembre.2004, nº. 6128, pág. 5, se muestra favorable a las medidas cautelares *inaudita parte* si así lo acuerdan las partes en las medidas elegidas por ellos o si lo permite la ley nacional.

efectos (positivos y negativos) y su autonomía respecto del contrato principal, entre otras.

Asimismo, se reconoce la posibilidad de incorporar al contrato principal (o al acuerdo entre las partes) el convenio arbitral mediante una simple referencia en el primero a dicho convenio, o en otras palabras: se reconoce la posible validez de la incorporación por referencia del convenio arbitral; siempre que el convenio conste en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo; o, simplemente, cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (art. 9.3 y 4 LA). En este punto, la doctrina hace una doble lectura:

- a) La primera consistiría en entender que el acuerdo de las partes de someter sus disputas a arbitraje puede ser oral, siempre que dicho acuerdo conste por escrito, siguiendo la forma indicada por el art. 9.3 LA. Esta interpretación es la más próxima a los redactores de la Ley Modelo de la UNCITRAL; ya que en el proyecto de artículo 7 revisado, apartado 4º se dice⁵¹:

A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2) se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o los términos y condiciones de arbitraje o de cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje están por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

- b) La segunda obligaría a que el acuerdo arbitral figurara, necesariamente, en alguna de las formas prescritas por el art.9.3; siendo esta la interpretación que más se ajusta al tenor literal de la norma.

9º. La simplificación y ampliación de la arbitrabilidad; que se produce mediante la eliminación del elenco de cuestiones inarbitrables (art. 2 de la Ley de 1988).

⁵¹ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 63 (nota 106) que recoge en su apoyo el texto de la Preparación de disposiciones uniformes en forma escrita para acuerdos de arbitraje, 6 de febrero de 2002, A/CN.9/WG.II/WP.118, para el art. 7 revisado, apartado 4º de la Ley Modelo UNCITRAL citado.

Sin embargo, existe un elemento de continuidad con las Leyes anteriores sobre arbitraje al identificar materia «arbitrable» y materia «disponible» por las partes, excluyendo las materias de *ius cogens*; si bien, como contrapartida, se utiliza el término de «controversia» en lugar de «cuestión litigiosa» (empleado por la Ley de 1988). Pero la Ley Modelo de la UNCITRAL no dispone de un concepto de «arbitrabilidad», aunque sí delimita claramente su ámbito: el arbitraje comercial o mercantil; destacando en una nota al pie, que dice:

Debe darse una interpretación amplia a la expresión «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras fuentes de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

10°. La mención expresa a los usos aplicables, ya que conforme al art. 34.3 LA:

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

Y es el art. 28.4 de la Ley Modelo de la UNCITRAL el que se refiere a los usos mercantiles, que habrán de ser considerados por los árbitros a la hora de resolver; a lo que el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, añade en su art. VII.1 que:

1. Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

Pero volviendo a nuestro derecho, debemos indicar que la mención del art. 34.3 de la LA implica, en definitiva, el reconocimiento de los usos mercantiles como fuente del derecho; en consonancia con el art.2 del Código de Comercio (usos del comercio) y nuestra tradición mercantil.

11°. Encontramos una serie de modificaciones que afectan a cuestiones procesales: así, en materia de designación de árbitros, se ha establecido una sucesión de posibilidades que llevan a favorecer el nombramiento de los árbitros, ya por las partes, ya por estas y los restantes árbitros o con intervención judicial.

Se permite el control por los árbitros de su propia competencia, asumiendo el principio *Kompetenz-Kompetenz* de la jurisprudencia alemana; además, el control de la validez y existencia del convenio arbitral o de otras cuestiones (como la litispendencia o cosa juzgada): cuestiones que podrían suponer la improcedencia de un proceso arbitral.

12°. Se hace una regulación extensa del *laudo arbitral*; permitiendo los laudos parciales para resolver algunas cuestiones previas o, si procede, anticipar parte de la resolución de la pretensión ejercitada.

Además, la LA ha dado un tratamiento específico a las «otras» formas de terminación del proceso arbitral, permitiendo el desistimiento, el archivo y el sobreseimiento del proceso; a lo que se añade la posibilidad de ejecutar un laudo durante la tramitación del procedimiento en que se ventile la acción de anulación; atribuyéndose, por tanto, fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación (art. 45.1 LA).

13°. La LA ha tratado (y modificado) la anulación del laudo arbitral; concretamente, el legislador ha querido pronunciarse explícitamente en la Exposición de Motivos (VIII) en torno a la naturaleza jurídica de la anulación:

Respecto de la anulación, se evita la expresión recurso, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la

decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o solo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal.

Se trata, pues, de una «acción de anulación» que se ejercita ante un laudo invariable, inatacable e inalterable; o, en otras palabras, una «acción de impugnación» de la cosa juzgada, que produce el laudo desde el momento en que se dicta.⁵²

Ahora bien, podríamos calificar de ambigua o equívoca la distinción que efectúa el legislador entre «laudo definitivo» y «laudo firme», ya que si el laudo fuese definitivo (como la resolución judicial definitiva) se estaría diciendo que existe recurso contra el laudo definitivo, siendo que este es inatacable, invariable e inimpugnable desde el momento en que se dicta.

Por tanto, debemos concluir que el laudo que puede ser objeto de anulación es laudo firme y ejecutable; y lo es, incluso estando pendiente la acción de anulación; ya que conforme al art 45.1 de la LA:

El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución.

Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

⁵² BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... op. cit. pág. 72.

II. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

En un principio, nuestras primeras leyes procesales (de 1855 y 1881) concibieron el arbitraje como una institución jurisdiccional; posteriormente, nuestro Código Civil de 1889, al introducir en su articulado la institución arbitral, dejó el terreno abonado para el debate doctrinal, que todavía persiste y que duda entre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, existiendo una tercera postura que defiende una naturaleza mixta: a medio camino entre el contrato y el proceso.

Debemos señalar que el estudio de la naturaleza del arbitraje tiene una importancia capital, debido a que su definición puede conducir a resolver posibles lagunas legales, aplicando por analogía (art. 4.1 del Código Civil, en adelante CC) las normas de la institución jurídica con la que guarde mayores semejanzas o «identidad de razón» (art. 4.1 CC).

En este sentido, pasamos a examinar cada una de estas posturas:

A. Teoría contractual

Esta corriente doctrinal defiende la naturaleza eminentemente contractual del arbitraje; para ello, parte del momento inicial del arbitraje: el convenio arbitral (el contrato entre las partes, a partir del cual y por el cual, existe el arbitraje).⁵³

En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Supremo da un paso más y determina que el arbitraje es un contrato de Derecho Privado⁵⁴, de modo que la obligatoriedad del laudo para ambas partes surge del compromiso previo de estas a tal efecto. Por tanto, se trata de una relación contractual en cuanto conformadora de voluntades, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad.

El arbitraje «es, no obstante su denominación procesal, un acto predominante de naturaleza privada antes que jurisdiccional en sentido estricto, no solo en lo que se refiere

⁵³ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... op. cit. pág. 54

⁵⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*...op. cit. pág. 17.

al pacto o compromiso, sino también en lo que afecta a la pieza resolutive o laudo» (STS de 11 de abril de 1932).

Ni el árbitro es un juez, ni la institución arbitral un fenómeno procesal, sino puramente material y sustantivo⁵⁵; por lo que debe entenderse «incardinado el arbitraje en el ámbito contractual» (STS de 28 de noviembre de 1988).

La clave para esta afirmación la encontramos, cuando observamos que en el procedimiento arbitral las partes en conflicto no ocupan las posiciones de demandante y demandado; ni formulan pretensiones, sino tan solo peticiones y reclamaciones.⁵⁶

Como muestra de ello, la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 2 de mayo de 1962 afirma que:

El Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de sus intereses materiales, les permite que la resolución de sus litigios civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ello, no a los tribunales estatales, sino a un organismo extraoficial denominado arbitraje, que funciona en instancia única

Mientras que la STS de 21 de noviembre de 1963 añade que:

Como consecuencia del principio dispositivo, se concede a los ciudadanos libertad para resolver sus diferencias de orden privado, mediante la designación por ellos de la persona que deba pronunciarse sobre el conflicto planteado, encomendando su resolución a un organismo extraoficial denominado arbitraje, al que las partes comprometidas le confieren la facultad de juzgar en un caso concreto mediante el contrato de compromiso, que es el que da vida a toda institución arbitral, contrato en el que hay que determinar detalladamente la controversia sobre lo que las partes pueden disponer válidamente, por ser ella la que fija los límites de la potestad arbitral, dado que los árbitros solo la tienen para fallar sobre los puntos sometidos expresamente a su decisión en la escritura de compromiso y por ellos aceptada, pues, por quedar sujetos al principio de congruencia, solo pueden resolver las cuestiones que las partes comprometidas les fijan y ellos aceptan en el contrato de dación y recepción de arbitraje.⁵⁷

Se trata, pues, de una relación contractual entre las partes, pero de tracto procedimental, ya que, como dijera el profesor GUASP, podemos diferenciar dos fases en

⁵⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. p. 17, citando a GUASP Jaime, *El arbitraje en el Derecho Español* Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 22.

⁵⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. p. 17, citando a GUASP J., *El arbitraje en el Derecho Español...* op. cit. págs. 158 y 159.

⁵⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 17-18

la voluntad contractual: una primera integrada por el contrato principal de compromiso; y una segunda consistente en un contrato de cambio, cuya auténtica naturaleza se discute (si bien el profesor GUASP entendió que se trataba de un mandato).

Ahora bien, la relación entre las partes del conflicto y el árbitro se instrumenta a través del contrato de dación y recepción de arbitraje.

Se trata de un contrato cuya naturaleza se discute, predominando en la actualidad la concepción del mandato atípico; ya que estaríamos ante un negocio jurídico que persigue resolver un conflicto jurídico planteado entre las partes, conforme a unas reglas procedimentales pactadas por ellas o fijadas por la institución arbitral; o, incluso, delimitadas subsidiariamente por los árbitros, respetando siempre los componentes esenciales o imperativos del sistema.⁵⁸

Por tanto, vemos cómo (conforme a la tesis contractualista) el sustrato básico y conformador del arbitraje es la existencia de dos relaciones jurídico-privadas: la de las partes entre sí y la de estas con el árbitro.

Esta conformación de la institución arbitral (nombramiento de árbitros, plazos, lugar, idioma, etc.), en opinión de una parte de la doctrina⁵⁹, puede efectuarse en dos momentos:

- Al principio, mediante el convenio arbitral.
- Durante su desarrollo, mediante convenios ulteriores entre las partes o, subsidiariamente, mediante acuerdos del árbitro (tal y como hemos indicado más arriba).

Pero esta postura no impide⁶⁰ que podamos considerar el procedimiento arbitral como un proceso en el que, respetados los principios básicos de igualdad y oportunidad (exigidos en términos imperativos por el art. 24 de la LA), se fomente el esencial principio de autonomía de la voluntad que, como hemos visto, constituye el punto de partida de toda la actividad arbitral.

⁵⁸ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 54, nota (15).

⁵⁹ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 54 *in fine* y 55 *in principio*.

⁶⁰ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...*, op. cit. pág. 72: «El art. 24 LA consagra como los valores fundamentales que se han de respetar en el proceso arbitral los principios de igualdad, audiencia y contradicción». La autora relata el *iter* sobre la inclusión del principio de contradicción que no figuraba en el Proyecto de Ley.

En esta línea, podemos observar una clara orientación legislativa hacia posiciones cada vez más «contractualistas».

Así, la Ley de 1988 sujeta la mayoría de las normas relativas al procedimiento arbitral al principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 21), al tiempo que parece configurar la institución arbitral como una alternativa a la acción judicial, asimilando las figuras de juez y árbitro, ya que se opta por la expresión «cuestión litigiosa» para definir el objeto de la institución arbitral, manifestando un claro vínculo entre función jurisdiccional y arbitral.

Sin embargo, no cabe destacar las ventajas que tal expresión conllevaba; ya que como algún autor dijera⁶¹:

Es preciso indicar que «la cuestión litigiosa» como tal gana en contenido a la «controversia», a la «contienda», o, en su caso, al «conflicto planteado». La razón hay que hallarla en las posibilidades que el término ofrece, en ningún modo desdeñables, y que posibilitan aglutinar en el arbitraje todas aquellas hipótesis en las que necesariamente no exista una oposición propiamente dicha (y sí «cuestión litigiosa») y en las que podrían enmarcarse las «cuestiones litigiosas» propias de la llamada jurisdicción voluntaria y, por ello, muy cercanas a la finalidad que persigue el arbitraje, que por propia naturaleza trata de huir del conflicto básicamente institucionalizado.

La actual LA culmina esta «deriva» cuando en su Exposición de Motivos (III) se pronuncia en los siguientes términos⁶²:

El Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo que no esté específicamente previsto en esta Ley.

Consecuentemente, también la Exposición de Motivos (IV) añade:

El título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La Ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. [...] Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.

Pudiéndose observar una clara voluntad tendente a configurar el arbitraje como una alternativa de resolución de conflictos autónoma y, por tanto, sin una naturaleza jurídica tributaria de la tutela jurisdiccional o alternativa a esta (ya sea civil o administrativa, e

⁶¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 96

⁶² PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. págs. 70 y 71 (cita 131): «Se contempla el arbitraje como una institución más contractual que jurisdiccional, aleja a los sujetos del juez y del árbitro»; «el arbitraje es una *alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial*»

incluso a la tutela voluntaria)⁶³; claramente manifestada en la configuración del procedimiento arbitral como terreno propio de la voluntad de las partes (art.25 LA).

Por todo ello, una parte de la doctrina considera inapropiada, por infundada, la idea de que el arbitraje sea un mero «equivalente jurisdiccional», tal y como ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional (STC 62/1991, 22 de marzo), si bien con las siguientes matizaciones⁶⁴:

- 1ª. No existe plena identidad entre los órganos jurisdiccionales estatales y los arbitrales (ATC 701/1988, 6 de junio).
- 2ª. La función de los árbitros es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional. En este sentido, el ATC 259/1993, de 20 julio resulta tremendamente expresivo⁶⁵:

Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición [...] Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «juez» (titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*) y del «árbitro», (desprovisto de tal carisma o cualidad) cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán del buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo. [...] La función que ejerce el árbitro es *parajurisdiccional* o *cuasijurisdiccional* y en ese caso está el quid de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder.

El árbitro necesita, además del brazo secular, del Juez para dotar de eficacia al laudo, porque solo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado.

- 3ª. Al carecer de *imperium*, no pueden ejecutar los laudos que dicten, ni plantear cuestiones de inconstitucionalidad o prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ATC 179/1991, de 17 de junio).

Concretamente⁶⁶ el ATC 326/1993, de 26 de octubre afirma que:

⁶³ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 71 (cita 132). Donde aduce que se confirma esta posición viendo los arts. 13 LA (capacidad para ser árbitro) y art. 17 LA (Motivos de abstención y recusación). «Tendencia además coherente con la Ley Modelo de arbitraje de alejarse de la intervención de los tribunales de justicia, dejando su participación al mínimo necesario». Vide arts. 5 y 7 de la Ley Modelo. En cuanto a la jurisdicción voluntaria habrá que esperar a una futura ley sobre esta.

⁶⁴ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. 73 *in fine* y 74.

⁶⁵ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 57, citando ATC 259/93, 20.julio.

El árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional» [sic], mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles.

4ª. No pueden plantear recursos de amparo (ATC 326/1993, de 26 de octubre).

Como consecuencia de lo anterior, una parte de la doctrina «contractualista» afirma que ni el árbitro es un juez ni su función jurisdiccional; por lo que la institución arbitral no supondría la vulneración de la exclusividad de la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales (art.117.3 CE) ni del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (art.24 CE), siendo, por tanto, los fundamentos constitucionales de la institución arbitral⁶⁷:

- La Libertad y la Justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico (art.1.1 CE).
- La promoción y remoción de obstáculos en relación con la libertad y la igualdad del individuo (art.9.2 CE).
- El reconocimiento al derecho a la propiedad privada (art.33.1 CE).
- El reconocimiento de la libertad de empresa (art.38 CE).
- Según algún autor (como MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA), el derecho al amparo del art. 53 CE; llegándose a hablar del derecho de los ciudadanos a recibir la «tutela» arbitral.

Para finalizar, debemos indicar que, pese a este impulso legislativo de la tesis contractualista, en la actualidad, debido a la influencia de los componentes *iuspublicistas* (orden público frente a autonomía de la voluntad) y de eficacia del laudo arbitral, la visión contractualista es atacada por «exigua», ya que los componentes del contrato no

⁶⁶ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 58, citando ATC 326/93, 26.octubre.

⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 75. La autora cita aquí a MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.75-81, que incluso habla del derecho a recibir la «tutela» arbitral.

alcanzarían a explicar la función *cuasi* jurisdiccional de los árbitros ni los efectos de la cosa juzgada que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral⁶⁸.

B. Teoría jurisdiccionalista

Esta postura centra su atención en la naturaleza de la función arbitral y en los efectos que el ordenamiento jurídico otorga al laudo (fuerza ejecutiva, Art.45 LA y eficacia de cosa juzgada, art.43 LA) para determinar la naturaleza jurisdiccional de la institución arbitral.

Así, pasamos a estudiar ambos aspectos:

1º. Decía ORTEGA y GASSET⁶⁹. que «la civilización no es más que el intento de reducir la violencia a *ultima ratio* (último recurso)»; por eso, una de las conquistas de la civilización consiste en la prohibición de la autotutela, estructurando y estatalizando mecanismos de resolución de los conflictos que puedan surgir entre los ciudadanos.

Como expresión genuina de esta corriente surge la jurisdicción, como institución pública en que intervienen unos órganos estáticos, que desempeñan la llamada «función jurisdiccional».

En nuestra norma suprema, la función jurisdiccional ha sido definida como «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (art.117.3 CE).

Pero esta función jurisdiccional no es monolítica, sino que se compone de otras tres subfunciones: la declarativa, la ejecutiva y la cautelar; de este modo, siguiendo a Fenech, la función declarativa⁷⁰ se ejerce mediante el conocimiento que adquiere el juez del conflicto de intereses a través del medio (garantista) habilitado al efecto: el proceso.

⁶⁸ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje ...* op. cit. pág. 55

⁶⁹ ORTEGA Y GASSET, José, *La Rebelión de las masas*, cap. VIII, «Por qué las masas intervienen en todo y por qué solo intervienen violentamente», 2ª edición Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pág. 206.

⁷⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 20, citando a FENECH Miguel, *Arbitraje en las relaciones comerciales entre empresarios de la CEE y de la América Latina*, La Ley núm. 192 pág. 1.

Mientras que la subfunción cautelar quedaría embebida en la declarativa, como manifestación de esta y garantía de las otras dos subfunciones en cuanto garantiza la efectividad de la declaración y de la ejecución.⁷¹

En consecuencia, la función cautelar presenta dos manifestaciones concretas:

- 1ª. La de declarar la medida, que es atribuible a los árbitros (art.23 LA).
- 2ª. Ejecutar la medida, lo que exige *imperium*; por lo que, como dispone la Exposición de Motivos de la LA, «para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial».

Lógico por dos razones: una, la propia naturaleza pública del *imperium*; otra, la función arbitral alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad de las partes.

Por otra parte, la subfunción ejecutiva corresponde, en exclusiva, a los órganos jurisdiccionales; ya que en el proceso de ejecución, el Juez «sustituye la voluntad del particular condenado en la sentencia y realiza coercitivamente los actos jurídicos necesarios para que se cumpla la sentencia cuando la parte afectada no los realiza voluntariamente».⁷²

La razón de esta exclusividad radica en la distinción entre *imperium* y *auctoritas*,⁷³ siendo esta «el saber o verdad socialmente reconocida» que implica la facultad de decir el Derecho (o *iuris dictio*) en el caso concreto, y la *potestas* o *imperium*, que consiste en el derecho a ejercer la fuerza legítima, monopolio del Estado en cuanto el *imperium* deriva de la soberanía nacional.

Por todo ello, algunos autores llegan a esta conclusión:

Así como el Estado, mediante la institución del arbitraje interno, renuncia a la función de declaración de sus jueces y concede la autoridad de la decisión jurisdiccional a los árbitros, retiene el monopolio de la ejecución en todo caso, porque la ejecución (tanto de la sentencia

⁷¹ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 55.

⁷² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 20

⁷³ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, op. cit. págs. 55-56.

judicial como del laudo o sentencia arbitral) exige que el ejecutor tenga la *potestas* de la que solo está investido el juez, que ejerce la potestad pública del Estado.⁷⁴

CARRERAS, en cambio⁷⁵, opina que el Juez actúa como un «funcionario auxiliar» de la tarea arbitral, precisando que esto ocurre por la posibilidad que tienen las partes de atribuir *auctoritas* a unos árbitros no funcionarios, debido a la naturaleza ajerárquica y aterritorial de la misma, mientras que el carácter público y territorial de la *potestas* impediría atribuirle a cualquier otra persona que no sea el Juez (órgano estatal, jerárquico y territorial).

Vemos, pues, cómo los partidarios de la tesis contractualista y jurisdiccionalista parten de un mismo origen de la institución arbitral: la voluntad de las partes; pero, mientras los defensores de la teoría contractualista defienden el predominio de esa voluntad (que se encuentra en el origen de la institución arbitral y la informa a lo largo de su desarrollo), los «jurisdiccionalistas» opinan que, una vez nacido el arbitraje, a través de él se produce un desplazamiento convencional de la jurisdicción, resolviéndose el conflicto con una resolución (laudo) que tiene la misma eficacia que la sentencia: eficacia de cosa juzgada y eficacia ejecutiva.⁷⁶ Por eso, ahora pasamos al estudio del segundo elemento que determina la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

2º. La eficacia de cosa juzgada. En este sentido, FENECH⁷⁷, considera que las características de las sentencias son tres: la obligatoriedad, la ejecutoriedad incondicional y la imperatividad frente a los demás jueces (que es lo que llamamos «cosa juzgada»).

Tras examinar cada una de ellas, llega a la conclusión de que la teoría contractual solo consigue explicar el carácter obligatorio del laudo; pues se trata de una cuestión

⁷⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 20

⁷⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 19, citando a FENECH-CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal, El arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, Bosch, 1962, pág. 111.

⁷⁶ CORDÓN MORENO, Faustino: *El Arbitraje de Derecho Privado / Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson-Civitas, 2005, Pág. 41, notas 8 y 9. Cita como defensor de la teoría contractual a GUASP, Jaime en *El arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, 1956, Págs. 20 y ss.; Y como defensores de la naturaleza jurisdiccional a CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, págs. 433 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Naturaleza Jurídica del arbitraje, en Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 580 y ss.

⁷⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.18, citando a FENECH-CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal...* op. cit. pág. 417.

puramente civil que nos remite al art. 1091 del Código civil, conforme al cual «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». A lo que la STS de 25 de mayo de 1979 añade:

Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes, manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral.

Mientras que la LA refuerza esta obligatoriedad cuando en su art. 11.1, inciso inicial, dispone: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado», pero no la ejecutoriedad e imperatividad del laudo, ya que:

Las partes no pueden otorgar dentro del derecho privado a un tercero más de lo que tienen (*nemo dat quod non habet*), por lo que es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, solo puede venirles a los árbitros del Estado⁷⁸.

De este modo, FENECH llega a las siguientes conclusiones⁷⁹:

- 1ª. La función arbitral es netamente jurisdiccional, pese a la ausencia de *imperium* en los árbitros.
- 2ª. El compromiso (hoy convenio arbitral) es un contrato de Derecho público, lo que implicar una «prórroga de jurisdicción».
- 3ª. El arbitraje extranjero (hoy internacional) también participa de la naturaleza jurisdiccional.

Por tanto, parece que se equipara el laudo a la resolución judicial o sentencia declarativa⁸⁰; ahora bien, el Auto del Tribunal Constitucional (Sala I) 259/1993, de 20 de junio, después de señalar que los árbitros «no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley Suprema y en las demás del ramo», indica las siguientes diferencias entre el laudo y la sentencia⁸¹:

⁷⁸ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje de Derecho Privado...* op. cit. pág.42, nota (12) siguiendo a FENECH NAVARRO, *El arbitraje en el Derecho Español*, en «Estudios de Derecho Procesal» (con CARRERAS), Bosch, Barcelona 1962, págs. 417 y ss.

⁷⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág.19, citando a FENECH en FENECH-CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, págs. 417-419.

⁸⁰ MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María: *Tratado de Derecho Arbitral* (3ª edición), Editorial Thomson-Civitas, 2006, Pag.232.

⁸¹ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje de Derecho Privado...* op. cit. págs. 48 a 51.

- 1ª. En cuanto al objeto, «el árbitro solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el artículo 1 de la Ley vigente» (la LA de 1988).
- 2ª. Respecto a la relación que existe entre la autonomía de la voluntad de las partes y el objeto, «pone el énfasis en la diferente configuración del juez titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido por tanto de *imperium*, y del árbitro desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública».
- 3ª. La función que ejerce el árbitro: «es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional [...] y en ese “casi” está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestad o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; STJCE 23 de marzo 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo porque solo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado».
- 4ª. El TC ha negado «la posibilidad de cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, toda vez que fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial».
- 5ª. El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni en sede constitucional, ya que el (antiguo) recurso de anulación no transfiere a la Audiencia Provincial (hoy TSJ) la jurisdicción ordinaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad:

No es Juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo. En definitiva, y por ello, no es viable el amparo respecto del laudo arbitral.

Esta misma idea queda reforzada por el ATC 701/1988, de 6 de junio:

Aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad de las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato de compromiso, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad.

Y la STC 176/1996, de 11 de noviembre insiste cuando dice que:

Este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún poder público, resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al laudo (de la anterior Ley), estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial, o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que por voluntad expresa de las partes se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esta misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional.

Finalmente, podemos condensar el conjunto de argumentos doctrinales a favor de la tesis jurisdiccionalista del siguiente modo⁸²:

- a. El poder decisorio de los árbitros radica en la condición a la que la Ley supedita el otorgamiento de ese poder: la manifestación de la voluntad de las partes mediante el convenio y posterior aceptación de los árbitros; siendo, por tanto, la atribución de jurisdicción a los árbitros, un hecho independiente de la voluntad de las partes: se produce por la voluntad del Estado, manifestada en la Ley.

⁸² CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje de Derecho Privado...*, op. cit. págs. 42 a 51, siguiendo a FONT SERRA, Eduardo, *La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho Español*, en «Justicia», 1989, pág. 345.

Esta postura nos remitiría, en consecuencia, a la teoría de la *conditio iuris* de ENNECCERUS⁸³; donde sería necesaria la expresión de la voluntad de las partes, conforme a las formalidades exigidas por la Ley, para el nacimiento de todos los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la institución arbitral.

Por tanto, consideramos conveniente detenernos en el estudio de esta original teoría.

ENNECCERUS⁸⁴ define la *conditio iuris* como aquel acontecimiento futuro e incierto (si no, no sería una condición) del que depende la eficacia de un negocio, por su propia naturaleza, su objeto o una especial disposición del derecho. Pero otro sector doctrinal afirma que se trata simplemente de un requisito exigido por la Ley.

Según ALBALADEJO⁸⁵, ambas concepciones se diferencian en que para la segunda, las *conditio facti* y las *iuris* no serían dos especies del género condición, sino simplemente coincidirían en ser requisitos de la eficacia del negocio; y, por tanto, podrán ser *conditiones iuris* hechos futuros pero ciertos.

Por el contrario, según la tesis tradicional de ENNECCERUS⁸⁶ ambas son especies del género condición, diferenciándose solamente por el distinto origen: voluntario o legal.

Como ejemplos aducidos por la doctrina, podemos indicar:

- La muerte del testador y la supervivencia del heredero para que tenga lugar la institución hereditaria.
- La celebración del matrimonio para la eficacia de las capitulaciones matrimoniales.
- La vida del beneficiario de una renta vitalicia para que esta deba pagarse.

⁸³ LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 2, edición española de BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSE ALGUER y otros, Edit. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 316 y ss.; citado por CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, Vol. II, XV edición revisada por ROMAN GARCÍA, Antonio, págs. 786 y 787, Ed. Reus, Madrid 2007.

⁸⁴ ENNECCERUS, L. *Tratado de Derecho Civil...* op. cit. pág. 316.

⁸⁵ ALBALADEJO, Manuel. *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, XVIII edición, Ed. EDISOFER S.L., Madrid, 2009, págs. 661 y 662. También se refirió a ello CASTÁN TOBEÑAS, José, en *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, Volumen II, XV edición, pág. 786, Ed. Reus, Madrid, 2007.

⁸⁶ ENNECCERUS; L. *Tratado de Derecho Civil...* op. cit., pág. 316, citado por CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil...* op. cit. pág. 787.

Por su parte, la jurisprudencia carece de rigor en esta materia, considerando como *conditio iuris*:

- La rectificación del contrato hecho sin poder.
- La necesidad de que el acto conciliatorio sea seguido dentro de dos meses del correspondiente juicio para que interrumpa la prescripción.
- La presentación de un certificado que la ley exige para dar efectividad a un derecho.
- Que se queden bienes para que se estime subsistente el fideicomiso de residuo.
- La declaración de ruina en el supuesto de resolución del arrendamiento en la LAU de 1964 por dicha causa.

En cuanto a los efectos de la *conditio iuris*, ENNECCERUS⁸⁷ entiende que serán distintos según los negocios, y las distintas clases de condiciones, no pudiéndose afirmar de forma general ni la retroactividad, ni la irretroactividad, y siendo también distintos sus efectos en el tiempo que media hasta su cumplimiento.

- b. La función de los árbitros es jurisdiccional, pese a la falta de *potestas* o *imperium* para la ejecución de los laudos (como hemos indicado anteriormente), ya que cuando el art. 117.3 de la CE considera como contenido de la potestad jurisdiccional «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», no quiere decir que la subfunción ejecutiva (que implica la *potestas* o *imperium*) sea contenido esencial de la función jurisdiccional (esto es, se puede tener función jurisdiccional sin función ejecutiva; o a sensu contrario, no por carecer de la función ejecutiva se carece de la función jurisdiccional), en tanto en cuanto la ejecución, cuando se reconoce al órgano jurisdiccional, es auténticamente jurisdiccional. La función de «juzgar» la pueden ejercer jueces privados o públicos. La función de «ejecutar lo juzgado» solamente la pueden ejercer los jueces públicos. Se distingue entre una jurisdicción pública y otra privada.

⁸⁷ ENNECCERUS; L. *Tratado de Derecho Civil...* op. cit., pág. 305 y 316; citado por CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil...* op. cit. pág. 787.

Si bien, la STS de 23 de diciembre de 1991 (repertorio TOL.1.728.127) se manifiesta en contra de esta postura, partiendo de que el concepto de jurisdicción debe entenderse como unitario⁸⁸ (ya que el Poder Judicial radica en la soberanía nacional, que es única); por lo que «no es admisible entender una división de la jurisdicción en pública y privada». Continúa diciendo:

En los arbitrajes de derecho privado, el compromiso de someter el conflicto existente entre las partes interesadas a la decisión de unos árbitros tiene el evidente carácter contractual que se deduce del contenido de los arts. 14 y 22 de la Ley (de 1953), y que de una manera patente se resalta en la sentencia de la Sala de 25 de mayo de 1979.

⁸⁸ Para un estudio más completo sobre potestad jurisdiccional y árbitros, vide FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*, Revista de Derecho y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 19, enero-diciembre, 2005, Madrid, www.eprints.ucm.es, págs.55-91. De ellas entresacamos esta opinión en sus páginas 56-59:

«1. Podría considerarse que esta norma [117 CE] prohíbe tajantemente la existencia de tribunales establecidos para juzgar, a cambio de unos honorarios, un caso individualmente determinado porque la función jurisdiccional del Estado es indelegable a los particulares, esto es, los órganos de la justicia estatal no pueden ejercer, como regla general, más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y están sometidos a un rígido régimen de incompatibilidades. Por eso en su cometido actúan con desinterés objetivo y sus decisiones son de obligado cumplimiento (art. 18.2º LOPJ); no en vano, la exclusividad y la integridad de la función jurisdiccional establecidas en el art. 117.3º CE poseen una vertiente positiva reconducible a que los Jueces y Magistrados sean los únicos que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, sin injerencias de los otros poderes del Estado o de otras instancias.

»Para refutar este argumento debemos apresurarnos a señalar que la labor de los árbitros, cuyo resultado es directamente vinculante para las partes que se han sometido a ellos por mutuo acuerdo, no pretende suplantar en modo alguno el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el art. 39 LEC incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales y dicha labor puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovible, responsable y sometida al imperio de la Ley. Mas si esto acontece con la operación de “juzgar”, que es una de las facetas de la función jurisdiccional, no ocurre lo mismo con la otra faceta, relativa a “hacer ejecutar lo juzgado” (art. 2.1º LOPJ). Dicho en otros términos, puede establecerse un procedimiento para que los particulares digan lo que es justo en relación con ciertas controversias que versen sobre materias de libre disposición de las partes, pero la función de ejecutar lo juzgado requiere inexorablemente la potestas del Estado a través de los órganos judiciales. Y son precisamente esos órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4º Ley 60/2003, de 23 de diciembre establece que “Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881”. La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción.

»2. Resulta un elemento recurrente el entendimiento de que con el arbitraje el Estado delega su función jurisdiccional y transmite las facultades reservadas a ciertos órganos especializados para conocer y resolver asuntos en los cuales se dirimen intereses que solo trascienden a particulares; dicho acto de delegación genera una aptitud legal a favor de estos, pudiendo elegir el procedimiento y someterse a un árbitro con objeto de dirimir sus controversias. Ello entraña que esa parte de la jurisdicción correspondiente a los tribunales del Estado es conferida al árbitro, y que esa delegación se agota con el pronunciamiento de un laudo, siendo devuelta solo para obtener la ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario. Pero al tiempo que el Estado concede un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias que aseguren una mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad (art. 24 LA/2003). Como consecuencia, el laudo emitido vincula y obliga a las partes como si hubieran litigado ante un juez, puesto que una de las funciones del Estado es la de impartir justicia a los gobernados resultando irrelevante la forma que adopte con objeto de cumplir con tal postulado. En definitiva, si el propio Estado confiere a los árbitros atribuciones y competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional, resulta incuestionable que esta contingencia fue creada con la finalidad de satisfacer intereses de orden público, pero, no por ello, son de orden público los asuntos sometidos a su conocimiento, esa es la diferencia.

»Conforme a la tesis apuntada, el Estado delegaría su facultad de juzgar en particulares y precisamente de esa delegación estatal surge la fuerza jurídica del laudo. Se trata, sin embargo, de un planteamiento que debe ser suficientemente matizado pues parte del presupuesto de que el arbitraje implica una función jurisdiccional delegada que desconoce que las facultades fundamentales y exclusivas del Estado no pueden tener tal carácter; no es dable, en efecto, «una división entre jurisdicción pública y privada». La fuerza del laudo no deriva, pues, de una delegación estatal, sino que se trata de una facultad que proviene directamente de la ley y que emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes, que «constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial». Dicha autonomía de la voluntad adquiere un papel protagonista y solo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes que se contienen en la Ley de Arbitraje, preceptos que cada vez son menores y más reducidos como evidencia la redacción de la LA/2003. El dominio de las partes del procedimiento arbitral alcanza al hecho de que puedan consentir determinadas infracciones en el desarrollo del mismo siempre que afecten a aspectos dispositivos y de libre disposición. Se trata de un mecanismo previsto en el art. 6 cuya función no es otra que desactivar el empleo de la acción de anulación ».

Aunque algo anterior, pero también puede consultarse esta tesis en PÉREZ GORDO, A. *La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje*, Estudios de Derecho procesal, Zaragoza, 1981, pp. 405-420.

- c. Jueces y árbitros pueden acudir a la equidad (arts. 34.1 LA y 3.2 CC.).
- d. La imposibilidad legal de que los Tribunales puedan revisar el juicio de fondo realizado por los árbitros, tanto en los arbitrajes de equidad como de derecho; frente a la revisión, en todo caso, de los conflictos objeto de un proceso civil; supone un argumento final a favor del carácter jurisdiccional de la institución arbitral.

C. Teoría mixta, sincrética o ecléctica

Entre la tesis contractualista y la jurisdiccionalista encontramos una postura intermedia, que asume los componentes *iusprivatistas* y *iuspublicistas* de la institución arbitral, «lo cual hace que el arbitraje tenga un perfil propio, autónomo»⁸⁹

Esta postura ecléctica llega a refutar, justificadamente, la jurisdicción de los árbitros como «negocio privado»; rechazando la posibilidad de asimilarla a la jurisdicción atribuida a los órganos del Estado.

De este modo, se defiende el origen contractual del arbitraje; si bien con un desarrollo y conclusión jurisdiccional, que origina una institución *sui generis*: la «jurisdicción convencional»⁹⁰. Así:

1. En cuanto al origen, es convencional el arbitraje desde el momento en que las partes perfeccionan un contrato de compromiso (que es un negocio de Derecho Privado); pero también lo es cuando, en un momento posterior, se produce la aceptación del árbitro o árbitros; ya que «esa voluntad cristaliza en un documento y se endereza a lograr un acto de marcada condición receptiva (la aceptación)»⁹¹, y que crea una relación de servicios desde el momento de la aceptación.
2. Respecto del procedimiento arbitral, se admite la tesis del contrato de tracto sucesivo del profesor GUASP.

⁸⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 21, donde cita además a otros autores que apoyan esta postura: FOUCHARD y otros.

⁹⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 22 y MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 232, siguiendo a DE LA PLAZA, *Derecho Procedimiento civil español*, vol. 2º, pág. 483.

⁹¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág.232.

Estaríamos, pues, ante un contrato de tracto procedimental, «en que cada uno de los elementos que lo componen funciona como requisito de admisión del siguiente como condición de eficacia del anterior»⁹².

La institución arbitral sería jurisdiccional, no tanto por la función que ejercen los árbitros como por los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce a la institución arbitral; efectos que nacen del derecho contractual o privado, y que se transmutan en procesales, al otorgarles el legislador la misma eficacia que a las sentencias judiciales, pese a las múltiples diferencias ya indicadas.

Esta es la posición que goza de mayor predicamento en la doctrina y el TC, que utiliza, para referirse a la institución arbitral, denominaciones «híbridas»: equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional, (ATC 259/1993, sección 1ª, (repertorio TC vlex 5812655), SSTC 288/1993, 04.10.1993 (TOL.82.309) y 174/1995, 23.11.1995 (TOL. 82.911)), aproximando la institución arbitral a la naturaleza jurisdiccional, al tiempo que determina, como rasgo esencial del arbitraje, la libertad (ATC 259/1993, de 20 de julio —citado *ut supra*— y ATC 326/1993, de 26 de octubre, Sala 1ª, Sección 2ª recurso de amparo 2027/1993).

En este sentido, SILVA MELERO⁹³ distingue tres fases en el nacimiento del arbitraje:

- Una primera en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es el negocio de Derecho privado.
- Una segunda en que esa voluntad se documenta y origina la «aceptación», lo que origina un negocio jurídico asimilable al mandato.⁹⁴
- Una tercera en la cual los árbitros quedan investidos del poder que les atribuye la Ley, por el simple hecho de haber cumplido todo el *iter iuris* marcado por ella; supuesto que nos devuelve a la teoría de la *conditio iuris* ya comentada.

⁹² MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit., pág.233.

⁹³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria...* op. cit. pág. 21, siguiendo a SILVA MELERO Valentín, *El compromiso*, Rev. y Leg., 1932, pág. 436 y ss., y a MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA J.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 101, que siguen igualmente a SILVA MELERO en ídem op. cit. y página citada ut supra. Personalmente no estoy de acuerdo con la opinión de SILVA cuando defiende que los árbitros ejercen una actividad pública de «juzgar». La jurisprudencia de algunos países de Iberoamérica, v. gr. la panameña, sí está de acuerdo con esta postura de SILVA.

⁹⁴ En este sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria...* pág. 21. siguiendo al profesor GUASP, Jaime, en *El Arbitraje en el Derecho Español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, págs. 38-41; también PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 69 y ss.; vide por todos a MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 232.

Por todo ello, se deduce que la postura contractualista es materialmente insuficiente porque solamente consigue explicar (como pensaba FENECH⁹⁵) algunos de sus elementos (compromiso, dación y recepción de árbitros y procedimiento arbitral)⁹⁶.

Por otra parte, la postura jurisdiccionalista resulta formalmente excesiva, ya que considera el juicio arbitral como juicio de cognición y el laudo como una sentencia perfecta, soslayando el origen contractual de la institución arbitral.

Otros ejemplos de esta corriente doctrinal los encontramos en OERTMAN, SCHULTZENSTEIN y JAEGER.⁹⁷ Este último piensa que la eficacia de los laudos arbitrales, equiparable a la de las sentencias, debe entenderse reconocida por el Estado como manifestación concreta del principio de autonomía de la voluntad de las partes: es el Estado quien, por razón de un interés público, otorga eficacia al compromiso y establece los límites de la actividad que los árbitros deben ejercer.

Siguiendo la línea de este argumento, si deseamos averiguar la auténtica naturaleza del arbitraje, debemos estudiar cómo lo regula la norma positiva; ya que, solo de esta manera, seremos capaces de entender si estamos ante un supuesto de «autonomía contractual» o de «autonomía jurisdiccional», conforme a la mayor o menor amplitud de dicha autonomía.

De este modo, deberíamos precisar que la LA configura la institución arbitral como una institución de Derecho privado, a la que se aplica plenamente el régimen civil de obligaciones y contratos.

Por su parte, CARNELUTTI⁹⁸ descompone el arbitraje en dos fases: contractual y procesal, considerando al árbitro un auténtico juez u órgano público de heterocomposición, concibiéndolo como un subrogado procesal.

⁹⁵ FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge, *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Librería BOSCH, Barcelona, 1962, pág. 417 y ss.

⁹⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*,...op. cit. pág. 22. MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.M. *Tratado de Derecho Arbitral*.... op. cit. p. 232.

⁹⁷ citados por MERINO MERCHÁN J. y CHILLÓN MEDINA J. en *Tratado de Derecho Arbitral*, pág. 233 en su nota (51). OERTMAN, Paul, *Der vorgängige Rechtsmittelverzicht*, 1915 págs. 403 y ss. SCHULTZENSTEIN, *Verhältnis zwischen schiedsrichterlichem und zivilprozessuallem Verfahren*, 1911, págs. 351 y ss. JAEGER, *Elementos de Derecho procesal*, Milán, 1955, págs., 121 y ss.

⁹⁸ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral*... op. cit., pág. 234, citando a CARNELUTTI en *Instituzioni di diritto Proc. Civ.* Roma, 1956, I, pág. 63 y ss.

Según FOUCHARD⁹⁹, la doctrina francesa presenta una clara tendencia mayoritariamente ecléctica. En este sentido, ha sido decisivo el informe para el Instituto de Derecho Internacional sobre «el arbitraje en Derecho Internacional privado» del profesor Sauser Hall.

Mención especial merece J. ROBERT¹⁰⁰. Este autor concibe el arbitraje como «institución jurisdiccional libre», ya que si tiene un origen contractual, también es cierto que alcanza, por su finalidad, el rango de jurisdicción; una jurisdicción de naturaleza distinta a la común, pero de idénticos efectos.

Pero no toda la doctrina francesa se muestra tan optimista a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la institución arbitral.

Así, RUBELLIN-DEVICHI,¹⁰¹ concluye la naturaleza mixta del arbitraje debido a lo que él llama «irreductibilidad del arbitraje», por considerar un ejercicio de futilidad el intentar asimilar la institución arbitral a esquemas puramente procesalistas o sustantivos.

Llegados a este extremo, consideramos conveniente señalar las consecuencias de la naturaleza ecléctica del arbitraje.

Así, podemos diferenciar efectos de Derecho privado material y de Derecho procesal:

- a) Desde el punto de vista del **Derecho privado material**, el convenio arbitral es un contrato bilateral que genera prestaciones recíprocas para las partes y, por tanto, sometido al régimen de las obligaciones y contratos. Tal afirmación es aplicable, incluso en el supuesto de que el convenio carezca de contenido patrimonial; ya que debemos recordar lo que dice el art. 1088 del Código civil (en adelante CC.):

Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En consecuencia, ante el incumplimiento, el acreedor puede instar jurídicamente la ejecución forzosa, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, bien como manifestación de la ejecución

⁹⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit., pág.234, citando a Philippe FOUCHARD, *L'Arbitrage Commerciale International*, II, Dalloz, 1965, pág. 9.

¹⁰⁰ ROBERT, Jean. *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 2ª ed, R.Sirey, Paris, 1955.

¹⁰¹ RUBELLIN-DEVICHI, *Nature Juridique de l'Arbitrage*, Librairie Generale de Droit et jurisprudence, 1965, nº 581, Paris, 1956, págs. 367 citado por MERINO MERCHÁN J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 234.

forzosa, bien como complemento de la resolución (arts. 1091, 1101 y 1124 CC., principalmente). En todo caso, el art. 11.1, inciso inicial insiste en que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado».

b) Desde la visión del **Derecho Procesal**, el arbitraje tiene plenos efectos procesales (en el sentido que ya hemos indicado con anterioridad).

1ª. En esta línea, encontramos la relación entre arbitraje y proceso en primera instancia; ya que según el art. 11.1 de la LA:

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.

De este modo, el convenio suscrito válidamente funciona como defensa previa respecto del proceso que tenga idéntica *litis*, con independencia de que sea alegada la existencia del convenio por una de las partes o por ambas.

Como contrapartida, la declinatoria no impide la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales:

La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (art.11.2).

Por tanto, si el arbitraje finaliza por haberse producido laudo, el proceso pendiente entre las mismas personas y por el mismo asunto es incompatible, ya que la institución arbitral goza de los efectos de la cosa juzgada:

El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art.43).

Ahora bien, terminado el proceso con sentencia judicial firme, la parte interesada puede oponer la excepción de cosa juzgada ante el árbitro que pretenda conocer la misma controversia.

2ª. En los procesos pendientes de revisión es posible acudir al arbitraje, ya que no existe ningún impedimento legal.

3ª. El arbitraje y el recurso de casación.

Existen opiniones contrapuestas, ya que algunos autores niegan la posibilidad del arbitraje, estando pendiente recurso de casación por

considerarla procesalmente incorrecta (entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ¹⁰²); otros autores, en cambio (como José Fernando MERINO MERCHÁN y José María CHILLÓN MEDINA¹⁰³), lo consideran oportuno.

Pero no lo hacen injustificadamente, sino porque no existe incompatibilidad con la naturaleza del recurso de casación ni lo impide el art. 2º.1 LA cuando dice:

Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

Por tanto queda expedito el camino para poder utilizar el arbitraje en cualquier recurso y, por ende, en cualquier fase en que pueda encontrarse este.

Esta opinión queda reforzada por el legislador, quien al dictar la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, ha levantado la prohibición del arbitraje sobre cuestiones juzgadas por resolución judicial firme y definitiva, que imponía la anterior Ley de 1988 en su art. 2.1.a). Pero debemos precisar que esta posibilidad únicamente se refiere al arbitraje de derecho y no de equidad, ya que el recurso de casación es un proceso de impugnación donde se plantean cuestiones de derecho y no de hecho.

4ª. El papel de los árbitros en el proceso arbitral.

Desde la perspectiva procesalista, es indudable que se otorgan amplios poderes a los árbitros para impulsar el proceso, llegando a suplir la voluntad de las partes en caso de inactividad de estas; así como para practicar pruebas a instancia de parte o por propia iniciativa cuando lo considere oportuno, sin olvidar la adopción de medidas cautelares (art. 23 LA).

En este sentido, podemos indicar como principales manifestaciones de la vertiente judicial de la institución arbitral, las siguientes:

- La potestad de los árbitros para solicitar del Juez de primera instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje la práctica de pruebas y diligencias concretas.

¹⁰² SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona 1969, pág. 589.

¹⁰³ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 234.

- La identidad de efectos entre laudo arbitral y sentencia judicial, al reconocer al laudo firme la eficacia de la cosa juzgada; contra la que solo cabe, por tanto, recurso de revisión (art. 43 LA).
- La responsabilidad a que quedan sometidos los árbitros por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo en el cumplimiento de su encargo:

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros (art. 21.1 LA).

D. Autonomía institucional del arbitraje

Como señala BARONA VILAR, este conjunto de tesis doctrinales han dado su fruto¹⁰⁴.

En la institución arbitral se tejen un conjunto de relaciones jurídicas plurales; de ahí surgen las cuestiones que se plantea BARONA:

¿Qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible 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?¹⁰⁵

Vemos, pues, cómo no es posible la institución arbitral sin alguno de los elementos que se han expuesto; por ello, existe un grupo doctrinal que defiende que lo que debe concluirse es que «el arbitraje es el arbitraje»¹⁰⁶.

En consecuencia, el arbitraje constituiría una categoría autónoma, «irreductible»¹⁰⁷, lo que supone asumir gran parte de los argumentos de la tesis ecléctica, ya que en el arbitraje coexisten elementos contractuales, jurisdiccionales y procesales.

¹⁰⁴ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... págs. 58 in fine y 59 in principio.

¹⁰⁵ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*... op. cit. pág. 59. En el mismo sentido MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral*... op. cit. pág. 238 en su nota (64).

¹⁰⁶ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*... op. cit. pág. 59.

La autonomía legislativa de la institución arbitral refuerza esta postura, al aparecer la LA desgajada de la LEC o del CC.; sin perjuicio de que se pueda (y deba) acudir a la norma de la institución con la que comparta mayor identidad de razón, con la finalidad de colmar las lagunas legales que puedan surgir en la práctica.

En ocasiones, la propia LA acude expresamente a la norma más próxima; como sucede con las normas aplicables al contrato de adhesión, ya que según el art. 9.4 LA:

Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

Y en materia de ejecución forzosa de los laudos, el art. 44 dispone:

La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.

En otros casos, esta remisión deberá efectuarse como integradora de las lagunas, siempre que el principio de autonomía de la voluntad de las partes no pueda actuar como conformador del mismo, como sucede con la integración de los supuestos de responsabilidad (art. 21), delimitación de las excepciones que afectan al fondo de la controversia (art. 22), régimen jurídico de las cautelares (art. 11.3 y 23), pruebas, tasación de costas y su posible impugnación.

Por todo ello, esta tendencia doctrinal señala, como elementos esenciales para la definición de la institución arbitral, la libertad y autonomía de la voluntad, la función heterocompositiva y, consecuencia de esto, la relación de la institución arbitral con la *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹⁰⁸.

Debemos señalar, pues, que el fenómeno de las ADRs surge como consecuencia de la internacionalización y transnacionalización de las relaciones jurídicas, y con estas, de los posibles conflictos jurídicos que puedan generarse por ellas.

¹⁰⁷ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 234, nota (58) siguiendo a RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline *Nature Juridique de l'Arbitrage, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence*, 1965, nº 581, Paris, 1956, págs. 367 y ss., "quien llega a la conclusión de la naturaleza sincrética del arbitraje en base a lo que llama la «irreductibilidad del arbitraje», dando a entender que es vano todo intento de asimilar tal institución a puros y simples esquemas procesalistas o sustantivos".

¹⁰⁸ BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 62, dedica un capítulo al arbitraje en el marco de las ADR's. En la actualidad ya no se habla de «alternativas», sino de resolución adecuada de conflictos. Las siglas ADR perduran.

Se trata de facilitar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos y de encontrar soluciones de Justicia alternativa o complementaria que permitan, como opina VESCOVI¹⁰⁹, el descongestionamiento de los tribunales judiciales y la búsqueda de una mayor calidad de la Justicia.

Por tanto, la institución arbitral se presenta como un medio de tutela «heterocompositiva» que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos, junto con los tribunales y el proceso judicial (que constituye un derecho fundamental de los ciudadanos conforme al art. 24 CE); además de otros cauces como la conciliación, la mediación y la mediación-arbitraje.

Por ello, consideramos conveniente delimitar la institución arbitral respecto de la conciliación, ya que la UNCITRAL ha empleado reiteradamente el término «conciliación» para englobar el conjunto de instrumentos heterocompositivos paralelos a la tutela judicial.

Así, podemos leer en la *Guía para la promulgación de la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional de la UNCITRAL (2002)* lo siguiente:

El término conciliación sirve en la Ley Modelo para designar, en sentido amplio, todo procedimiento por el que una persona o un grupo pericial presta su asistencia, desde una perspectiva independiente e imparcial, a las partes en su tentativa de llegar a una solución amistosa de su controversia (...). En la práctica todo procedimiento por el que las partes en una controversia se dejan ayudar en orden a su solución se suele designar por términos como los de conciliación, mediación u otros similares [...]. La Ley Modelo utiliza el término conciliación como sinónimo de todos esos procedimientos. En la medida en que una vía alternativa para la solución de una «controversia» presente rasgos característicos como los anteriormente mencionados, dicha vía estará regulada por la Ley Modelo¹¹⁰.

Dicho esto, también consideramos esencial dejar constancia de las principales críticas que han sufrido desde esta perspectiva las demás posiciones doctrinales ya estudiadas; así¹¹¹:

- a) Respecto de la tesis contractualista, se ha dicho que confunde la naturaleza de la institución arbitral (el «ser») con su fundamento, con ser «el convenio» el fundamento del arbitraje. Aquel era suficiente para explicar la naturaleza

¹⁰⁹ BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 62, citando a VESCOVI, Enrique: *Nuevas tendencias y realidades del proceso civil*, Rev. Paraguaya de D. Procesal, 1994, pág. 465.

¹¹⁰ BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 64 nota (25).

¹¹¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs.239 y ss.

de este, pero fundamento y esencia son categorías epistemológicas distintas, ya que mientras el fundamento se refiere a la causa que origina la existencia de la institución; la esencia se refiere al ser. En este sentido, se afirma que del mismo modo que no se pueden identificar el fundamento, por ejemplo, del testamento, letra de cambio o sociedad mercantil, con su naturaleza, tampoco es lógicamente razonable que se haga con la institución arbitral.

- b) Las doctrinas jurisdiccionalistas, en cambio, han confundido naturaleza y fin (el «¿Para qué sirve el arbitraje?»), al priorizar el laudo sobre los demás elementos que conforman la institución arbitral; si bien otros, dentro de estas doctrinas, han concebido el proceso arbitral como la actividad desencadenante de su resultado o fin; confundiendo, por tanto, la naturaleza del arbitraje con la instrumentación o medios procedimentales del mismo.
- c) Mientras que la teoría sincrética necesita apoyarse en el «elemento más relevante o definitorio» de algunos de los componentes de la institución arbitral, sin rechazar el resto, integrando completamente todos los elementos de la institución arbitral, pero siempre desde la dicotomía convenio-proceso.

Por esto, tampoco la teoría sincrética ha podido liberarse de las otras dos grandes tendencias, dejando a oscuras la auténtica naturaleza del arbitraje.

En consecuencia, según MERINO-MERCHÁN¹¹², dicha naturaleza debe encontrarse «atendiendo a su íntima y última esencia, y que no es otra, que la de explicarse por sí mismo como un sistema localizado y reconocido por el legislador nacional e internacional de solución definitiva de conflictos».

Y esto porque, si bien es cierto que la institución arbitral nace de las relaciones entre los ciudadanos, incluso con anterioridad al Juez del Estado; progresivamente, este y con posterioridad los organismos internacionales (de los que es un claro ejemplo la UNCITRAL), han terminado por reconocerla y atribuirle efectos alternativos al Juez del Estado, estableciendo idénticas garantías a las del proceso judicial para que ciudadanos y agentes económicos puedan acudir a este método heterocompositivo sin merma de su derecho (en España, sin vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 CE).

¹¹² MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág.240.

Siguiendo este planteamiento, puede afirmarse que la institución arbitral no necesita adoptar una naturaleza relativa a otras categorías jurídicas preexistentes; tales como el contrato (convenio arbitral) o el proceso (procedimiento y laudo), sino que posee, como diría POPPER¹¹³, su «propio ámbito de demarcación científica».

Ahora bien, solo se ha podido alcanzar la autonomía institucional y científica del arbitraje al alcanzar suficiente plenitud en su metodología expositiva, ya que dispone de un específico sistema de fuentes y, fundamentalmente, consigue explicar su existencia sin necesidad de recurrir a métodos procedentes de otras áreas de conocimiento.

Fenómeno debido a la enorme horizontalidad que ha alcanzado la institución arbitral, lo que ha desbordado las esferas de conocimiento específico donde le han querido reducir.

De este modo, el arbitraje ha materializado tres principios propios que le han servido de lanzadera y que, en conjunto, le han dotado de un alto grado de autonomía doctrinal y práctica:

- Pro-arbitraje
- Perpetuatio arbitralis
- Kompetenz-Kompetenz

Pero no solo estos principios confieren autonomía a la institución arbitral, ya que esta también viene dada por los tres elementos esenciales sobre los que se asienta su perfil institucional¹¹⁴:

- 1) Su inherente justificación constitucional.
- 2) Su inherente mecanismo de autocontrol.
- 3) Su inherente capacidad resolutoria de controversias.

Pasamos ahora a examinarlos individualmente:

1. **Justificación constitucional:** Como ya hemos indicado a lo largo de nuestra exposición, uno de los elementos nucleares (esenciales, si se

¹¹³ POPPER, Karl R. , *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*, edición española, Edit. Paidós , Barcelona, 1981 págs. 64 y ss. y 309 y ss.

¹¹⁴ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág.243.

prefiere) de la institución arbitral es la libertad de los individuos y los grupos. En este sentido, conforme al art. 1.1 de la CE:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A lo que el art. 9.2 añade:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Y completando lo anterior, el art. 17 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y forma previstos en la Ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.
4. La Ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Por tanto, es esta libertad la que permite y ordena que individuos y grupos puedan resolver sus «controversias» y dar satisfacción a sus intereses fuera de la actividad jurisdiccional del Estado, sin que ello suponga vulneración alguna al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

En este sentido, es extraordinariamente clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2000 (ROJ. 5277/2000).

En ella el demandante acudió a la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid solicitando un arbitraje contra una empresa que, a su entender, le instaló mal el parqué de su casa. Recayó laudo arbitral que le dio en parte la razón; lo impugnó alegando que el convenio arbitral era dudoso, se le impuso el arbitraje y se vulneró su derecho a acudir a la vía judicial ordinaria. La Audiencia le dijo que el arbitraje no conculca la tutela judicial efectiva constitucional, sino que, además, su actuación de haber iniciado el arbitraje confirmó su voluntad expresa de haber querido someterse al mismo y al querer impugnar el laudo ahora implica una temeridad que mereció que la Sala le impusiese las costas por temeridad.

Esta sentencia que comento afirma:

Ningún precepto legal ni constitucional impone a las partes en esta materia la obligación de acudir a los órganos judiciales para resolver las controversias existentes entre ellas. Es más, el derecho al juez predeterminado, lo ostentan las partes siempre que acudan a los órganos judiciales, y no haya habido sumisión en él en su caso, para que resuelvan los litigios no cuando voluntariamente han aceptado que estos sean resueltos acudiendo a otro medio como el arbitraje, derecho previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero es en el ámbito internacional donde se ve aún más favorecida la libertad de los individuos y de los grupos o agentes que acuden a la institución arbitral; ya que la misma se encuentra totalmente deslocalizada de cualquier norma o sistema de fuentes nacional.

En estos casos, por lógica, el Tratado de Nueva York de 1958 servirá de base constitucional y garantía a los operadores.

Ahora bien, dicho esto, también debemos indicar que esta libertad o «autonomía de la voluntad» tiene límites; que en nuestro país vienen fijados por el art. 1255 del CC.:

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.

Esto significa, esencialmente, que cada uno de los contratantes debe ser libre:

- En cuanto a su decisión de celebrar el contrato o no celebrarlo.
- Y en cuanto a fijar en el contrato (entendido en un sentido amplio como negocio jurídico) unos pactos, cláusulas y condiciones y no otros.

2. Mecanismo de autocontrol. El árbitro dispone de los medios necesarios para resolver los incidentes que puedan surgir durante la sustanciación de las actuaciones arbitrales:

- Sobre su propia competencia.
- Sobre las excepciones o acciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o cualquiera otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Competencia que les faculta para examinar estas cuestiones «preliminarmente» y en el fondo, adoptando la solución que considere más correcta.

Pero donde queda más patente este autocontrol es en el «laudo arbitral» que se dicta por el árbitro o árbitros poniendo fin a la controversia, ya que no existe la posibilidad de revisión del fondo del asunto por un órgano jurisdiccional; dejando definitivamente resuelto el fondo del asunto.

Por tanto, nos encontramos ante una nota contraria a la postura judicialista, pues aquí el árbitro se coloca en un plano superior al del Juez de la instancia del Estado, ya que las sentencias de este pueden ser revocadas por el órgano judicial *ad quem*, dictando otra en sentido contrario.

En consecuencia, en la institución arbitral no hay juez *ad quem*.

En este sentido, conforme al art. 41 LA:

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
 - e. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f. Que el laudo es contrario al orden público.
2. Los motivos contenidos en los párrafos b, e y f del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.
3. En los casos previstos en los párrafos c y e del apartado 1, la anulación afectará solo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.
4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Por tanto, solo es posible impugnar el laudo por motivos extrínsecos y nunca dentro de un sistema de grado o jerarquía (algo propio de la jurisdicción estatal, como ya vimos); tal y como se evidencia en el ordenamiento español, donde la acción impugnatoria se ventila ante las Audiencias Provinciales (hoy Sala de lo Civil y de lo Penal de los TSJ post Ley 11/2011, de 20 de mayo)

que funcionan como instancias *a quo* y solo parcialmente respecto a la actividad arbitral: la corrección formal del laudo, no la material.

Si bien es cierto que conforme al art. 8 LA:

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección.
2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiere dictado.
6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.
7. Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

Cabría preguntarse qué tienen en común todos estos actos para que el árbitro necesite el apoyo de los órganos judiciales; bien, se trata de actos externos a la institución arbitral.

Con este apoyo judicial, el legislador pretende cubrir dos objetivos:

- Suministrar al arbitraje de la suficiente eficiencia como medio de solución de conflictos;
- Otorgar coherencia a todo el ordenamiento jurídico.

La institución arbitral y sus normas forman un cuerpo normativo propio e independiente; que, desde un punto de vista sustantivo, no se encuentra subordinado a ningún otro orden normativo o jurídico; pero es que formal y procedimentalmente tampoco la institución arbitral se encuentra incardinada en la ley procesal del Estado, tal y como se demuestra en el caso español conforme al art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

El carácter supletorio de la ley procesal que no impide lo que CREMADES SANZ-PASTOR¹¹⁵ ha denominado como «el peligro procesalista en el arbitraje».

Se trata de un fenómeno que tiende a referir siempre la institución arbitral a la ley procesal del Estado, olvidando algo tan esencial como:

- 1º. La garantía de la institución arbitral no está en las leyes rituarías del Estado, sino en la propia LA, en la Constitución y, en su caso, en los Tratados (tal y como hemos indicado para el arbitraje en el ámbito internacional).
- 2º. Cuando se acude a la institución arbitral es para huir de la ley procesal del Estado, por considerar las partes que sus intereses se verán mejor satisfechos mediante un sistema de heterocomposición menos ritualista y, por tanto, más flexible (no

¹¹⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág.243, siguiendo a CREMADES SANZ-PASTOR, *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, RCEA, 1988-1989.

debemos olvidar las exigencias del tráfico, casi siempre perentorias).

3. Capacidad resolutoria de conflictos

Pero el auténtico peligro que entraña esa «judicialización» de la institución arbitral es el desconocimiento de su originalidad; ya que, como señala LORCA NAVARRETE,¹¹⁶ la institución arbitral justifica su naturaleza porque resuelve «controversias» y esa finalidad (función, con mayor propiedad) no se consigue mediante su incorporación en una categoría jurídica preexistente (ya sea el contrato o el proceso judicial).

Por tanto, nada impide mantener la existencia de un Derecho arbitral o de arbitraje plenamente autónomo e institucional, incardinado en su propia categoría jurídica; y dotado de:

- Una metodología y sistema expositivo propios.
- Un sistema de fuentes autónomo, elemento esencial.
- Un objeto minuciosamente detallado (normas, tratados, usos y principios referidos a la institución arbitral).
- Un sólido fundamento: la libertad individual para apartarse de la jurisdicción del Estado y voluntad de someterse a un convenio arbitral.
- Una naturaleza propia, ya que (como hemos expuesto) se trata de un sistema peculiar y alternativo de solución definitiva de conflictos.
- Y unos fines específicos y muy propios: resolver controversias que tienen como objeto derechos subjetivos de libre disposición (en consonancia con el «principio de autonomía de la voluntad de las partes»).

Solo a través de esta concepción se evitarán los dos grandes peligros contemporáneos de la institución arbitral¹¹⁷:

¹¹⁶ LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, IVADP, 2004, pág. 23, citado por MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 243.

¹¹⁷ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 244 - 245.

- Por un lado, la banalización de la institución arbitral; solo solucionable, como apuntan MERINO y CHILLÓN, rigorizando su contenido y la conducta de los árbitros, superando la mercantilización del mundo de las operaciones arbitrales.
- Por otro, convertirse en una «técnica residual» y que, por tanto, sirva como instrumento para aliviar a los tribunales judiciales del Estado de su inmensa carga de trabajo.

En este sentido, la posición del Tribunal Constitucional atribuyendo a la institución arbitral el papel de «equivalente jurisdiccional» o de «actividad sustantiva de la jurisdiccional» (SSTC 43/1988, 15/1989, 62/1991, 174/1995 y 176/1996, por todas) ha subrayado más, si cabe, el garantismo al que aspira el arbitraje para ser compatible con los arts. 24.1 (tutela judicial efectiva de jueces y tribunales) y 117.3 CE:

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Para finalizar, debemos concluir que esta «tarea pendiente» de la institución arbitral (de respetar en sí mismo un modelo de sistema de garantías) también es vista como tal por las Audiencias Provinciales (SSAP de Alicante de 26 de febrero y 22 de marzo de 1999; Pontevedra de 10 de junio de 1999; y Madrid de 20 de noviembre de 1999 y 23 de septiembre de 2000, por todas), como consecuencia del enjuiciamiento formal de los laudos y control de su adecuación a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

III. CONCEPTO DE CONVENIO ARBITRAL

Antes de iniciar el estudio sistemático y comparativo de lo que debemos entender por «elementos» de la institución arbitral, creemos conveniente realizar una definición del convenio arbitral, junto a una posterior delimitación de este respecto de otras figuras afines.

Durante la regulación anterior a la LA, se hablaba de contrato de compromiso y de contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria, aunque era el compromiso el eje central del sistema arbitral.

La palabra «compromiso» deriva de «*cum promittere*», que viene a significar «prometer»; por ello, el compromiso (en el ámbito que nos ocupa) equivale a «estar y pasar por la sentencia dictada por los árbitros».

Por tanto, queda claro que el compromiso (en su acepción amplia de «contrato»), necesita la presencia de un tercero dirimente designado por las partes, de común acuerdo, para que dicte una resolución acerca de un conflicto pendiente entre las partes.

En consecuencia, siendo el compromiso un contrato, debemos diferenciarlo de otras figuras contractuales afines:

- 1) En el contrato de mediación o corretaje, una persona llamada corredor o mediador se compromete a indicar a otra la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero.

PUIG-PEÑA¹¹⁸ señala como notas esenciales las siguientes:

- Se pone en relación directa o indirecta a los futuros contratantes.
- La existencia de premio o retribución.

A estas dos características podemos añadir que, en el compromiso, la solución de la «controversia» se impone a las partes porque se actúa sobre un

¹¹⁸ PUIG-PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo IV, Obligaciones y Contratos, Volumen 2º, pág. 413 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

vínculo jurídico perfecto y tiene efectos «cuasi procesales»¹¹⁹; mientras que, en la mediación o corretaje, simplemente, se aconseja.

- 2) En la transacción, según MOXO, «La renuncia a una pretensión que produce la liberación de un derecho contrario, y, por parte de este derecho contrario, otra renuncia a una pretensión aneja»¹²⁰.

En el compromiso no se renuncia a la pretensión, sino a la acción procesal.

- 3) La conciliación. Se le ha reconocido carácter jurídico material y contractual (SAT de La Coruña de 31 de enero de 1962, y SAT de Barcelona de 22 de febrero de 1978), si bien los procesalistas la consideran un mero presupuesto procesal para ciertos juicios (art. 460 LEC de 1881).

La conciliación con avenencia es un pacto que evita un pleito con mutuas concesiones entre las partes que acuden al mismo; ahora bien, estas concesiones o avenencias recíprocas (entre actor y demandado) no implican necesariamente una transacción; ya que puede suceder que no exista renuncia de derechos entre ellos; y sí, juicio arbitral.

De este modo, la conciliación puede convertirse en el acto inicial del procedimiento arbitral.

En todo caso, vemos cómo la conciliación actúa como *conditio sine qua non* para iniciar determinados procesos civiles; si bien, tal y como hemos visto, si existe avenencia, puede originar la sumisión al juicio de árbitros, todo ello, sin olvidar que la conciliación se promueve por las partes ante los órganos judiciales (art. 463 LEC de 1881).

- 4) El «compromiso», en cambio, es un acto anterior a cualquier planteamiento procesal, aunque también puede darse en pleno proceso, en fase de ejecución de sentencia e incluso en evitación de apelaciones; y, fundamentalmente, nunca se presenta ante instancia judicial.

¹¹⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 250.

¹²⁰ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 250, citando a MOXO RUANO, *Notas sobre la naturaleza de la transacción*, RDP, 1950, septiembre, pág. 678.

Por otra parte, la LA de 1988 abandona la postura esencialmente contractualista mantenida por la LA de 1953, dando paso a un nuevo *nomen* jurídico: el convenio arbitral.

Se trata de una figura con efectos más amplios que el compromiso y la cláusula compromisoria, al tiempo que diluyó el aspecto contractualista de la institución dentro de la categoría única y uniforme de la institución arbitral.

Por eso, a partir de ese instante, la nomenclatura legal pasó a denominarse de «convenio arbitral», que es un concepto omnicomprensivo y adecuado a la denominación dada en la legislación comparada y en los tratados multilaterales y bilaterales suscritos por España.

Este concepto pasa a la vigente LA, al seguir la Ley Modelo de la UNCITRAL. En este sentido, podemos indicar las siguientes fases conceptuales:

- En el art. 12 de la Ley de 1953 se definía el compromiso en los términos siguientes:

Mediante el contrato de compromiso dos o más personas estipulan que una cierta controversia, específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta por terceros, a los que voluntariamente designan y a cuya decisión expresamente se someten.

- La LA de 1988, siguiendo las orientaciones ya indicadas, cambia la denominación de «contrato de compromiso» por el de «convenio arbitral», al tiempo que, conforme art. 11.1, se establecía que el convenio impedía a jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.
- Finalmente, la vigente LA, en su art. 9.1 establece que:
 1. 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.
 2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

Conforme a este art. 9, podemos concluir que las notas del convenio arbitral son:

- La existencia de una controversia entre las partes (controversia que puede ser presente o futura).
- La voluntad de eliminar una incertidumbre creada por la controversia.
- La presencia de un árbitro o árbitros, que son terceros que dirimen, con efecto de cosa juzgada, respecto de una determinada relación jurídica (contractual o no).

En definitiva, la diferencia entre el antiguo contrato de compromiso y el convenio arbitral se traduce en una considerable ampliación del objeto del arbitraje y en una remisión expresa, en cuanto a su validez e interpretación, a las normas aplicables a los contratos de adhesión.

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN JURÍDICO. ELEMENTOS DEL CONVENIO.

ELEMENTOS PERSONALES: LAS PARTES Y LOS ÁRBITROS.

En el presente trabajo, a efectos expositivos, vamos a diferenciar entre tres tipos de elementos del régimen jurídico:

- Personales
 - Las partes o personas que dirimen la controversia
 - Los árbitros, los que deciden
- Reales
- Formales

En consecuencia, los estudiaremos desde la perspectiva de la vigente LA 60/2003 en relación con su tratamiento en la Ley de 1988.

Al centrarse este trabajo en un estudio específico sobre el Convenio arbitral, analizaremos solamente la capacidad de las partes para ser parte en un convenio arbitral.

Las partes pueden ser tanto las personas físicas o «naturales» como las jurídicas, siendo esta posibilidad una innovación (que la Ley de 1953 no contemplaba en su art. 6º¹²¹ y solo aludía a las partes, sin especificar su carácter societario) introducida por la Ley de 1988 en su art.1º; ahora bien, debido a la naturaleza marcadamente contractual que la LA ha querido dar al convenio arbitral, tal y como ya hemos visto, debemos partir del art. 1261 del Código civil cuando dice:

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes
2. Objeto cierto que sea materia del contrato
3. Causa de la obligación que se establezca

¹²¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 59.

Por tanto, siguiendo al Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹²², podemos indicar que «la materia relativa a este elemento comprende dos aspectos fundamentales y bien diferenciados: el relativo a la capacidad para consentir y el que se refiere a la prestación del consentimiento», que ahora pasamos a estudiar.

¹²² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 59.

I. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES

A. LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR Y SU INCIDENCIA EN EL CONVENIO ARBITRAL

Cuando entramos en esta materia se hace necesario diferenciar entre «capacidad de obrar» y «libre disposición», que, como indicamos al principio del presente trabajo, se trata de uno de los límites del principio de autonomía de la voluntad.

Así, pues, el Derecho contempla a la persona desde dos puntos de vista¹²³:

- Desde uno pasivo, como simple titular de relaciones jurídicas, que es lo que se conoce como «capacidad jurídica»; y le permite ostentar derechos o soportar obligaciones.
- Desde uno activo, donde el sujeto puede ejercitar por sí mismo sus derechos y obligaciones; que es lo que se conoce como «capacidad de obrar o de ejercicio».

Pero, si bien es verdad que toda persona tiene capacidad jurídica, no toda persona posee capacidad de obrar.

El profesor DE CASTRO¹²⁴ discrepa de esta postura defendida por la teoría clásica y considera que la capacidad de obrar también corresponde a toda persona; afirmando que el Derecho, atendiendo a las circunstancias personales de cada individuo, le incluye dentro de un estado civil y gradúa esta facultad (tal y como veremos).

En este sentido, aunque algunos autores como GARCÍA-VALDECASAS o LASARTE¹²⁵ parecen inclinarse todavía por la tesis clásica, la mayoría de la doctrina

¹²³ Los alemanes emplean las expresiones equivalentes: Rechtsfähigkeit (capacidad de derecho) y Handlungsfähigkeit (capacidad de obrar).

¹²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España, Parte General, Tomo II*, pág. 169 y ss.; y en su *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Marisal, Madrid, 1972; citado por CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral, Tomo I, vol. II*, XV edición, Edit. Reus, Madrid, 2007, pág. 149, y por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El Derecho de la persona, en Conferencias en Homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1997, págs. 58 y ss.

¹²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil, Tomo I*, Parte General y Derecho de la Persona, 9ª edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, cap. 9, págs. 171-172: «La capacidad jurídica no es susceptible de graduaciones o matizaciones: se tiene o no se tiene; se es persona o no» Aquí afirma este autor que los términos capacidad jurídica y personalidad jurídica vienen a ser coincidentes. «Y por el contrario la capacidad de obrar permita graduaciones y subdivisiones en atención al tipo de acto que se

moderna parece aceptar la tesis del profesor DE CASTRO, como hacen ALBALADEJO¹²⁶, LACRUZ¹²⁷ o COSSÍO¹²⁸.

Desde un punto de vide legislativo, la Ley de 1953 identificaba la capacidad para comprometer ante árbitros con la capacidad para enajenar, en función de la naturaleza de los bienes afectados por el compromiso (vid. art. 13.1 de la vieja Ley de 1953)¹²⁹.

«¿Qué significación tenía este artículo 13?» Se pregunta el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹³⁰, y da la siguiente explicación:

El CC equiparaba la capacidad para comprometer a la exigida para transigir y la doctrina científica venía admitiendo –conforme a la antigua regla *transigere est alienare*- que solo pueden transigir aquellas personas que pueden disponer de los objetos o derechos comprendidos en la transacción.

Esta postura quedaba reforzada por la STS de 24 de abril de 1941 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de diciembre de 1947; que defendían la necesidad de la plena disposición del objeto a que afectase para realizar la transacción y el compromiso, habida cuenta de la similitud existente entre el derogado art. 1821 del CC con el art. 1810 del CC, todavía en vigor¹³¹.

La Ley de 1988 supuso una modificación substancial, ya que en su art. 60 se omitió, deliberadamente, cualquier referencia al poder de enajenar o disponer como *conditio sine qua non* para celebrar válidamente y con eficacia el convenio arbitral, quedando su redacción como sigue:

pretenda realizar por el sujeto de derecho. Lo relevante es la capacidad de obrar que en cada caso concreto permitirá dilucidar si el sujeto de derecho puede realizar o no un determinado acto con eficacia jurídica».

¹²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Edit. Bosch, 1972, pág. 190; *Derecho Civil, tomo I*, XVI edición, Edit. Edisofer, Madrid, 2004, págs. 184 y 197 y ss. y 230 y ss.

¹²⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, V edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 2 y ss.

¹²⁸ DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho civil, tomo I*, Ed. Alianza Editorial, 1977, págs. 81-82, y *Evolución del concepto de personalidad y sus repercusiones en el Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 749 y ss.; *El moderno concepto de personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho Civil actual*, Revista de Derecho Privado, 1943, pág. 16; citados también por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...* op. cit. pág. 147.

¹²⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 259. Decía el referido art. 13.1: “La capacidad para comprometer será la que se exige para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes, a que afecte el compromiso”.

¹³⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 62.

¹³¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 259. Art. 1810. “Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos”. Art. 1820 CC. “Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”. Art. 1821 CC. “Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos”. Vide también MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 62.

La capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva Ley personal para disponer en la materia controvertida.

Por ello, MERINO-CHILLÓN¹³² dirá:

De esta forma, la capacidad de obrar es suficiente para celebrar el convenio arbitral, o si se quiere la simple *capacidad negocial*, que diría FERRARA, como poder reconocido por el ordenamiento jurídico para emitir declaraciones de voluntad a las que la Ley atribuye los efectos jurídicos queridos por el que las realiza, será suficiente para la realización válida del acto a que se contrae el convenio arbitral.

La LA no contiene una regla específica sobre la capacidad necesaria para celebrar el convenio arbitral; por ello, debemos acudir al Derecho comparado y a su precedente legislativo inmediato: la Ley de 1988.

En consecuencia, nos encontramos con que se exige la misma «capacidad de obrar» de la que hablábamos anteriormente.

Esto significa que en el supuesto en que nos encontremos con un convenio arbitral como negocio jurídico autónomo y, por tanto, no incluido en otro principal, esta capacidad contractual o de obrar será la misma.

Ahora bien, esta capacidad general de obrar puede quedar limitada en atención a circunstancias personales de la parte, incardinándola, según el profesor DE CASTRO¹³³, en un «estado civil» determinado que module su capacidad jurídica con su capacidad natural para obrar: esto es, con el conocimiento de la trascendencia jurídica del acto que está realizando.

Por ello, el art. 322 del Código civil dispone:

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Pasamos a estudiar esos «casos especiales» y su relación con la capacidad para celebrar el convenio arbitral.

¹³² MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 259.

¹³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo II, Vol. I...* op. cit. pág. 177, también págs. 75 y ss.; y en *La ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del CC*, Anuario de Derecho Civil, 1972, pág. 937 y ss.; citado también por CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español...* op. cit. pág. 155.

B. SUPUESTOS ESPECIALES

En principio, debemos recordar que uno de los límites al principio de «autonomía de la voluntad» del art.1255 del Código civil lo encontramos en la Ley, entendida esta como toda norma imperativa; por ello, es de «invocación inmediata»¹³⁴ el art. 2.1 LA cuando dice: «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

Ahora bien, como advierte un sector de la Doctrina, no debemos confundir la «libre disposición» con la «capacidad para disponer». Por ello, pasamos a diferenciar los siguientes supuestos:

1. MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Siguiendo al profesor DE CASTRO¹³⁵, concebimos la minoría de edad como una situación de capacidad de obrar restringida o limitada, debido a la falta de independencia y de capacidad jurídica natural (o conocimiento natural) que presenta el menor; lo que se contrapone a la tesis clásica postulada por CASTÁN¹³⁶ y que considera al menor como un simple incapaz.

Conforme al Código civil de Derecho común, tras las reformas introducidas por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 24 de octubre de 1983 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, podemos concluir que el menor de edad solo es «incapaz» cuando se le declara expresamente «incapacitado» (tal y como señala LETE DEL RÍO¹³⁷).

Esto no significa que el menor pueda prestar su consentimiento; ya que según el art. 1263.1º del Código civil (en adelante, CC.):

No pueden prestar consentimiento:

¹³⁴ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 260. «Aunque debe quedar claro que el requisito de capacidad es de orden subjetivo y genérico, y se encuentra regulado en el Código Civil, mientras que el requisito de libre disponibilidad es objetivo y especial, y, por tanto, impeditivo, téngase o no capacidad, para celebrar el convenio de arbitraje».

¹³⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...* op. cit. págs. 42 y ss. y 169 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Derecho de la Persona, Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro...* op. cit. pág. 58 y ss. Comentado también por CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo I, volumen I, XV edición, Edit. Reus, Madrid, 2007, pág. 149.

¹³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil...* op. cit. pág. 152 y ss.

¹³⁷ LETE DEL RIO, José Manuel, *El Proceso de incapacitación*, en *Actualidad Civil*, 2001, págs. 1475-1510.

1. Los menores no emancipados.
2. Los incapacitados.

Si bien esto no es del todo exacto, ya que existen ciertos supuestos donde su consentimiento es necesario: emancipación por concesión de los padres (art. 317 CC.), enajenación de sus bienes en los términos del art. 166, párrafo 3º; celebración de contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art.162, párrafo último); y para la adopción si tiene más de doce años (art.177).

Como el convenio arbitral exige la capacidad para contratar, el menor requerirá la representación de quienes ejerzan su patria potestad (art. 154.2º). Esto plantea el problema de los efectos de los actos realizados por los menores sin la representación que precisan. Si los menores realizan un acto que no les está permitido, parece que produce los siguientes efectos:

- a) Si carece de capacidad natural, es evidente que el acto será siempre ineficaz.
- b) Si tiene capacidad natural:
 - 1) Según la tesis clásica de CASTÁN¹³⁸, en principio, el acto adolece de nulidad radical por ser *contra legem*.
 - 2) Pero parece más lógico entender que, en tal caso, el acto produce su efecto; pero el menor o su representante pueden impugnarlo, así como los contratantes perjudicados.

Esta «anulabilidad» del acto, realizado por el menor sin la pertinente representación, viene confirmada por el art. 1309 CC. cuando dispone:

La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.

A lo que el art. 1313 añade:

La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.

¹³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil...* op. cit. pág. 152 y ss.

Ahora bien, a falta de dicha representación, la anulabilidad del convenio arbitral no podrá excepcionarse por las personas capaces que contrataron con el menor; ya que conforme al art. 1302: «Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron».

En este sentido, debemos señalar que este último supuesto (y pese a su interdicción por el art. 1302) podría considerarse uno de los ejemplos de «abuso de derecho» formulados por COSSÍO¹³⁹ en base a la jurisprudencia y doctrina alemanas: el abuso por una de las partes de un defecto de forma esencial, solicitando la nulidad del negocio jurídico por tal causa, cuando al tiempo de celebrarlo conocía dicho defecto y, aun así, lo celebró.

Supuesto distinto al planteado es el que surge cuando existen intereses contrapuestos entre los que ejercen la patria potestad y el menor; en cuyo caso, se nombra un defensor judicial que representa al menor en dicho asunto:

Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad (art.163).

Y si tenemos en cuenta que según el art. 1810:

Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos. Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

¹³⁹ DE COSSIO, A., *El moderno concepto de personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho civil actual*, Revista de Derecho Privado, 1943, pág. 16.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros (art.166).

En caso del menor sometido a TUTELA, el tutor, como representante legal, puede concluir el convenio de arbitraje:

El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270).

Pero necesitará previamente la autorización judicial, ya que conforme al art. 271.3:

El tutor necesita autorización judicial:

3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

Dicha autorización deberá ser concedida en la forma establecida en el art. 273:

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

2. MENORES EMANCIPADOS

La emancipación es el acto jurídico que extingue la patria potestad o la tutela. Conforme al art. 314:

La emancipación tiene lugar:

1. Por la mayor edad.
2. Por el matrimonio del menor.
3. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.
4. Por concesión judicial.

De acuerdo con el profesor DE CASTRO¹⁴⁰ la emancipación introduce al menor en el estado civil de menor emancipado, que podemos caracterizar por las siguientes notas:

- El emancipado adquiere una capacidad en el orden personal, desapareciendo la patria potestad y la tutela.
- En el orden patrimonial, su capacidad no es plena; ya que el emancipado precisa, en ciertos casos, un complemento de capacidad.

Y en este último sentido, es indispensable determinar la capacidad del emancipado en el orden patrimonial; así:

- SÁNCHEZ-ROMÁN y CLEMENTE DE DIEGO¹⁴¹ consideran que está facultado para *actos de administración*, no para los de disposición.
- DE BUEN¹⁴² opina que se crean dos masas de bienes:
 - Los muebles, que quedan sujetos a los acreedores.
 - Los inmuebles, que no quedan sujetos al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911.
- DE CASTRO¹⁴³ considera que el menor queda incluido en el estado civil de «emancipado donde, si bien tiene libertad para actuar, requiere, en algunos casos, del complemento de su capacidad».

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que los menores emancipados no precisan estar representados para celebrar eficazmente el convenio arbitral¹⁴⁴.

Ahora bien, cuando el convenio arbitral pueda afectar a la disposición de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, el menor emancipado necesitará, imperativamente, el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su cuidador; ya que en tales términos se expresa el art. 323, párrafo 1º del Código civil:

¹⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil...* op. cit. págs. 42 y ss. y 169 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Derecho de la Persona, Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro...* op. cit. pág. 58 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil...*, op. cit. págs. 170 y ss.

¹⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil...* tomo I, vol. II, op. cit. págs. 60 y ss. 155 y 171, en donde estudia la capacidad y las posturas de SÁNCHEZ-ROMAN, CLEMENTE DE DIEGO, y DE BUEN.

¹⁴² DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona y su estado civil*, Madrid, 1952, págs. 128 y ss. *Compendio de Derecho Civil*, 5ª edición, Madrid, 1970, pág. 196. Citados también por CASTÁN TOBEÑAS, J. *en opera ut supra*.

¹⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil...* op. cit. Pág. 196; *Derecho Civil...* op. cit. pág. 188 y ss.

¹⁴⁴ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 261.

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su cuidador.

Por tanto, siguiendo a la doctrina¹⁴⁵ nos encontramos con dos situaciones perfectamente diferenciadas:

- Por una parte, el menor emancipado tiene capacidad de obrar (que, como hemos indicado anteriormente, se predica de toda persona natural; y, por ello, es una capacidad «genérica») y, por tanto, capacidad para obligarse por sí mismo mediante convenio arbitral.

Esto surge como consecuencia de la declaración del párrafo 2º del art. 323: «El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio». Está claro que quien puede acudir a la jurisdicción ordinaria puede someter su controversia al arbitraje.

- Y por otra, cuando el cumplimiento del laudo arbitral exija la disposición de los bienes indicados en el párrafo 1º del art. 323 (constituir un derecho real hipotecario, enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor) el acto del menor emancipado precisará, para ser válido y eficaz, el complemento de sus padres o, a falta de ambos, el de su curador, manifestado a través de su consentimiento.

Dicho consentimiento debe reunir las siguientes características:

- 1º. Deben prestarlo quiénes, sin la emancipación, ejercerían la patria potestad; de modo que, siendo un residuo de la misma, no corresponde otorgarlo a quiénes la hubiesen perdido.
- 2º. El consentimiento puede ser expreso o tácito, pero nunca «general» y «previo» al acto: debe prestarse caso por caso para percatarse de las circunstancias del supuesto (en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia).

La Doctrina discrepa sobre cuál ha de ser la sanción jurídica de los actos realizados por el menor emancipado que requieran el consentimiento y no lo obtengan. En este

¹⁴⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 261.

sentido, se oscila entre la nulidad y la anulabilidad; si bien parece prevalecer la tesis de la anulabilidad, en los mismos términos ya indicados al hablar del menor sujeto patria potestad y tutela. En base a esto, la siguiente cuestión, objeto de controversia, que se plantea la Doctrina consiste en la determinación de los «actos» comprendidos (y cuáles no comprendidos) en el párrafo 1º del art. 323. Sin embargo, a los efectos que nos interesan en este trabajo sobre el convenio arbitral, dejaremos de lado esta, por otra parte, interesante, discusión doctrinal.

3. EL BENEFICIO DE LA MAYORÍA DE EDAD

A esta figura se refiere el art. 321 cuando dice:

También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.

Este es el supuesto al que se refiere el art. 314, nº.4; y se le aplica plenamente lo dicho sobre el menor emancipado por la remisión que hace el art. 323, pár. 3º, en relación con los arts. 320 y 321 del Código Civil¹⁴⁶.

4. MENOR EMANCIPADO POR MATRIMONIO

Se aplica lo ya visto, con la salvedad de que si, como consecuencia del laudo arbitral, hubiera que enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor que sean gananciales (comunes):

- Si uno de los cónyuges es mayor de edad, bastará el consentimiento de los dos,
- Si también es menor, se necesitará, además, el consentimiento de los padres o curadores de uno y otro (art. 324).

¹⁴⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 261-262

5. MENORES DE VIDA INDEPENDIENTE CONSENTIDA

Conforme al art. 319:

Se reputará, para todos los efectos, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos. Los padres podrán revocar este consentimiento.

En consecuencia¹⁴⁷, se aplica lo visto respecto del menor emancipado; así lo entienden LACRUZ¹⁴⁸ y DÍEZ-PICAZO¹⁴⁹, quienes, entre otros, califican este supuesto como una «verdadera emancipación» (sin faltar opiniones disidentes como la de ALBALADEJO¹⁵⁰).

Ahora bien, este supuesto de «emancipación tácita» presenta como particularidad la facultad atribuida a los padres para revocar la situación de vida independiente: «Los padres podrán revocar este consentimiento» (art. 319, inciso último).

De modo que se suscita la cuestión de si una revocabilidad sobrevenida al convenio arbitral es válida o no frente a la parte con la que se contrató el arbitraje; MERINO-CHILLÓN¹⁵¹, se muestran favorables a la tesis positiva y, por tanto, atribuyen plena validez al convenio arbitral celebrado en situación de vida independiente.

6. PERSONAS INCAPACITADAS

Según ALBALADEJO¹⁵², la incapacitación es el acto jurídico que suprime o reduce la capacidad de obrar a un sujeto en el que concurren determinadas circunstancias anormales, modificando su estado civil e incluyéndole en uno nuevo, de acuerdo con la situación en que se encuentra.

El fundamento para la incapacitación estriba en la falta de «capacidad natural» y, consecuentemente, en la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma,

¹⁴⁷ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 262.

¹⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Vol. II, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 142.

¹⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, XII edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 224.

¹⁵⁰ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, tomo I, XVIII edición, Edit. Edisofer, Madrid 2009, pág. 245.

¹⁵¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 262.

¹⁵² ALBALADEJO, M. *Derecho civil...* op. cit. pág. 250.

«creando una situación de incertidumbre e inseguridad tanto para el incapaz como para los terceros contratantes con aquel»¹⁵³

Ahora bien, es importante diferenciar entre:

- Incapaz, que es el que carece de capacidad,
- E incapacitado, que es la persona natural declarada como tal mediante sentencia firme.

Esto implica que las personas incapacitadas en la forma y con los requisitos establecidos legalmente (arts. 199, 200 y 201 CC.) carecen, en principio, de la capacidad para celebrar el convenio arbitral, por lo que necesitan del complemento de la representación legítima de sus tutores.

Ahora bien, como consecuencia de la incapacitación, el incapacitado quedará sometido a tutela, curatela o patria potestad prorrogada; todos ellos «estados civiles» que suponen, en función del grado de capacidad observado en el proceso de incapacitación, una mayor o menor autonomía para realizar actos jurídicos por sí mismo.

Por ello, habrá que estar a lo que diga la sentencia judicial firme que declare la incapacitación; ya que conforme al art. 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. La sentencia que declare la incapacitación *determinará* la *extensión* y los *límites* de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

Por tanto, podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. Si el régimen es de tutela, el incapacitado no podrá celebrar por sí el convenio arbitral, debiendo estar representado por el tutor; en cuyo caso, debemos recordar lo que dice el art. 271, n.º 3:

El tutor necesita autorización judicial:

- Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

2. Si el incapacitado está sometido a curatela, en principio, puede actuar como parte en un convenio arbitral, pero con la pertinente asistencia del curador (no

¹⁵³ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 262, siguiendo a DE CASTRO.

su representación) para aquellos actos que determine la sentencia de incapacitación; ya que el art. 289 se expresa en los siguientes términos:

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

Añadiendo el art. 290:

Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

En consecuencia, deberemos estar, en este caso, a lo dispuesto en el art. 271.

Además de lo expuesto, se plantea, finalmente, el problema de la eficacia de los actos realizados con anterioridad y posterioridad a la sentencia firme de incapacitación. Así, respecto de los actos anteriores a la incapacitación¹⁵⁴, no devienen ineficaces por dicho motivo; pues la incapacitación, por sí misma, no produce efectos retroactivos. Ahora bien, pueden impugnarse dichos actos siempre que se demuestre que el incapacitado carecía de capacidad en ese momento, aunque la incapacitación no se hubiera declarado todavía. No obstante, durante el período de tramitación del procedimiento, para evitar que el presunto incapacitado realice actos que puedan dañar a su patrimonio —y por ende el resultado del laudo arbitral—, se permite la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, respecto de los actos realizados después de la incapacitación, siempre que le haya sido permitidos por la sentencia de incapacitación, son indubitadamente eficaces por aplicación de las reglas generales. De igual modo, también serán eficaces los actos que realicen sus legítimos representantes conforme a lo ordenado por el Juez o el Código civil.

Por ello, la duda surge respecto de los actos realizados por el incapacitado en contra de lo establecido en la sentencia; en cuyo caso, encontramos las siguientes posturas:

¹⁵⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,... op. cit. págs. 250 y ss.

Además, según reiterada jurisprudencia, la sentencia que declara la incapacitación es constitutiva y con efectos *ex nunc*; a modo de ejemplo, entre muchas, STS 27 de enero de 1998 (TOL. 170.900).

- Una parte de la Doctrina considera que se trata de actos jurídicos radicalmente nulos, por violar lo establecido en la sentencia.
- Otra parte de la Doctrina opina que se trata de actos simplemente anulables, siempre que el incapacitado posea capacidad jurídica natural; pero serán radicalmente nulos cuando careciese de dicha capacidad, ya que en dicho supuesto faltaría la prestación del consentimiento: recordemos que el convenio arbitral tiene, según la LA, un marcado carácter contractual y, por tanto, se trata de un negocio jurídico consensual que se perfecciona por la prestación del consentimiento de ambas partes.

En este sentido, según el art. 1262, párrafo 1º:

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Y difícilmente podría consentir quien no entiende lo que se le ofrece; aunque el art. 1264 establece un cajón de sastre al decir que:

La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece.

«Modificaciones» que solo encontramos en dos supuestos:

- 1) En materia testamentaria, en el art. 665 cuando se expresa en los siguientes términos:

Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

Norma esencial que nos remite al art. 10 de la LA; que instituye el arbitraje testamentario al establecer que:

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

- 2) El art. 56, párrafo 2º CC. respecto de los incapacitados que desean celebrar matrimonio, cuando dice:

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Si bien, fuera de estos dos supuestos excepcionales no puede generalizarse esta Doctrina.

7. TUTORES Y MANDATARIOS

Los TUTORES carecen de facultades suficientes *per se* para comprometer, mediante el convenio arbitral, los derechos de la persona que está bajo su tutela; tal y como expresa el art. 1811:

El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código.

Lo que, ante la necesidad de someter a la institución arbitral cuestiones en que el tutelado estuviere interesado, nos remite al art. 271, n.º. 3:

El tutor necesita autorización judicial:

3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado.

En lo que respecta al MANDATARIO, conforme al art. 1713:

El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

En consecuencia, al mandatario no le basta un mandato en términos generales para someter a la institución arbitral derechos del mandante (art. 1713, pár. 1º), «ni siquiera la expresa facultad de transigir le autoriza para comprometer en árbitros (art. 1.713.2º)»¹⁵⁵.

Por tanto, al igual que ocurría con el consentimiento para los actos realizados por el menor emancipado, el mandatario requiere de un poder específico y expreso para someter a la institución arbitral los derechos del mandante representado.

¹⁵⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 263.

8. CÓNYUGES

La Doctrina, como consecuencia de la realidad social, se ha planteado la cuestión de si cabe que los cónyuges puedan celebrar convenio arbitral, con la intención de someter a arbitraje las controversias que surjan en relación con sus bienes y derechos.

Se trataba de una cuestión un tanto nebulosa bajo la Ley de 1953, por la remisión que suponía a los arts. 1820 y 1821 del CC. referentes al negocio jurídico de transacción o compromiso; si bien el art. 1811 especificaba que solo cabía el compromiso entre los cónyuges cuando tenía por objeto bienes dotales:

Ni el marido ni la mujer pueden transigir sobre los bienes y derechos dotales, sino en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos.

La jurisprudencia osciló desde la prohibición radical (por analogía entre la transacción y el compromiso, por lo que prohibida aquella también debía serlo este) a posiciones más permisivas.

Este panorama cambia con la entrada en vigor de la Ley de 1988, que deroga los arts. 1820 y 1821 y más, si cabe, con la LA 60/2003; pues, como consecuencia de ambas legislaciones, ya no existe impedimento de capacidad que prohíba o restrinja la institución arbitral entre los cónyuges, teniendo en cuenta el límite establecido en el art. 1814:

No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.

En consecuencia, todo lo atinente al régimen patrimonial (cualquiera que sea el régimen establecido entre los cónyuges) es arbitrable sin restricción, como reconoció la Sentencia de 22 de diciembre de 1999 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁵⁶.

Por tanto, habremos de estar a lo que diga el CC.

En este sentido, como dice LACRUZ¹⁵⁷ no hay matrimonio sin régimen económico-matrimonial; siendo, en primer término, un régimen convencional: «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código» (art. 1315).

¹⁵⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 264. ROJ 16865/1999. El laudo arbitral confirmado por esta sentencia de la Audiencia Provincial fijaba el porcentaje del 50% de los ingresos del trabajo de cada cónyuge a la sociedad de gananciales.

¹⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, Familia, 2ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 118.

Existe, por tanto, libertad para configurar el régimen económico-matrimonial, lo que posibilita la introducción, en capitulaciones matrimoniales, de alguna cláusula referente a la institución arbitral como recurso para dirimir las controversias relativas a los bienes de los cónyuges.

Posibilidad que existe tanto al tiempo de pactar el régimen matrimonial como con posterioridad; ya que el art. 1317 establece la libertad para modificar dicho régimen al disponer:

La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Si bien ÁLVAREZ-SALA¹⁵⁸, considera que las normas contenidas en el Título III, Capítulo I del Libro IV del CC. no pueden ser modificadas en Capitulaciones matrimoniales.

En contra de esta opinión podemos argumentar que, siendo las capitulaciones matrimoniales el negocio jurídico que fija el régimen económico del matrimonio (como se indica en el art. 1315 ya visto), consecuentemente, «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo» (art. 1325).

De este modo, los cónyuges puedan pactar en las capitulaciones matrimoniales al amparo del precepto legal referido, el sometimiento de sus controversias patrimoniales a arbitraje, y en consecuencia, la emisión de laudo arbitral por el árbitro o árbitros en todo lo concerniente a su situación patrimonial; dando lugar, la institución arbitral, en su caso, a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, acatando en este caso los cónyuges el laudo emitido, desplegando sus efectos como si de una sentencia judicial se tratara.

Sin olvidar que, como consecuencia del principio de igualdad de los españoles ante la Ley y su manifestación específica en el ámbito matrimonial (arts. 14 y 32 de la Constitución española de 1978), actualmente el matrimonio no restringe la capacidad jurídica de ninguno de los cónyuges; por lo que, en principio, cada uno de ellos puede realizar con el otro o con terceros los mismos negocios jurídicos como cualquier otra persona física o jurídica; a lo que se refiere, entre otros, el art. 1379: «Cada uno de los

¹⁵⁸ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio*, Revista de Derecho Notarial (RDN), nº 112, 1981, págs. 7 y ss.

cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales», lo que vuelve a remitirnos al arbitraje testamentario del art. 10 de la LA. Por tanto, vemos cómo, en base a:

- a) El principio de autonomía de la voluntad (recogido en el articulado de la LA, como indicamos en su momento, y en el art. 1255 CC.).
- b) La libertad de pactos del art. 1315 CC.
- c) La libertad para modificar dichos pactos (art. 1317).
- d) El tenor literal del art. 1325.
- e) El principio de igualdad de los cónyuges (arts. 14 y 32 de la Constitución; y art. 66 CC.).
- f) Sin olvidar el principio de responsabilidad patrimonial universal que predica el art. 1911 respecto de cualquier «deudor».

Resulta acertado pensar en la posibilidad de que los cónyuges no solo puedan pactar en capitulaciones el recurso a la institución arbitral para resolver las controversias que surjan entre ellos en el ámbito patrimonial, sino también en sus negocios con los terceros con quienes mantengan un tráfico jurídico fluido y constante.

9. CONCURSADOS

Durante la vigencia de la Ley de 1988, el concurso y la quiebra se regulaban por el Código de comercio (en adelante, Cdc) y el CC.

Así, conforme al art. 879 del Cdc, la declaración de quiebra suponía dos efectos fundamentales:

- El quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes.
- La nulidad de los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra.

Por lo que, consecuentemente, el convenio arbitral (compromiso) celebrado por el quebrado padecía un supuesto de nulidad sobrevenida, no solo por la falta de capacidad,

sino tanto por razones procesales (proceso especial) como de orden público (indisponibilidad subjetiva y objetiva).¹⁵⁹

Esta situación se revertía con la habilitación del quebrado, cesando todas las interdicciones legales que originaba la declaración de quiebra; pudiendo el quebrado volver a celebrar válidamente el contrato de compromiso.

En este sentido, la Doctrina¹⁶⁰ se preguntaba qué poderes tenía el síndico en la quiebra para acudir a la institución arbitral, acudiendo al Derecho comparado para llegar a una solución; si bien el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO llegaba a las siguientes conclusiones:

¿Puede comprometer en el Derecho español el síndico durante el proceso de quiebra con los acreedores a semejanza del Derecho francés? No existe ninguna norma que dé una contestación afirmativa. Algunos autores se inclinan por la solución negativa dada la rigidez de la normativa que regula la quiebra sin que sea posible huir del control jurisdiccional. Pensamos que esta es la situación acertada.¹⁶¹

Por otra parte, el art. 1914 del CC. (derogado por Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificada por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y vuelta a modificar por Ley 38/2011, de 10 de Octubre; su última reforma es por Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE núm. 238, de 1 de octubre 2014) se refería en términos análogos al Cdc respecto del concursado:

La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda.

Será rehabilitado en sus derechos terminado el concurso, si de la calificación de este no resultase causa que lo impida.

Otra figura la constituía el «suspense», que quedaba «bloqueado» para determinados actos, desde que se dictaba la providencia (aceptándose a trámite el expediente de suspensión) hasta el auto en que se declaraba la insolvencia provisional (verdadera situación de mera iliquidez temporal), siéndole imposible celebrar el convenio

¹⁵⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 264.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 63.

¹⁶¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. págs. 64-65.

arbitral (compromiso) sobre los negocios jurídicos afectados por el procedimiento de suspensión. La razón era sencilla, hasta que el juez no dictase una resolución definitiva sobre la situación patrimonial del suspenso, este se encontraba bloqueado para determinados actos.¹⁶²

Como observamos, existía una cierta dispersión en cuanto a la regulación de un mismo aspecto: la insolvencia; situación corregida mediante la unificación efectuada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC); cuya Exposición de Motivos no dejaba espacio a la imaginación:

Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a la intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas [...] Son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en este ejercicio.

Por tanto, conforme a los arts. 40 y siguientes de la LC, podemos diferenciar dos situaciones:

- El concurso voluntario (declarado por solicitud del deudor), donde el deudor precisa la autorización o conformidad de la intervención para celebrar el convenio arbitral (pese a conservar las facultades de administración y disposición de sus bienes y derechos).
- El concurso necesario (declarado por solicitud de los acreedores), donde el concursado queda suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición; por lo que será sustituido por la administración concursal en el convenio arbitral ya celebrado.

Por otra parte, en cuanto a los procedimientos arbitrales celebrados antes de la declaración concursal, según el art. 52 de la LC (modificado 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):

1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional

¹⁶² MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs. 264-265.

entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior».

Y el art. 51 –ese «artículo anterior» establece en su apartado 2 (modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial):

2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a este en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios.

De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizado tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa, separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

3. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior.

Además, el Juez del concurso conocerá de las medidas cautelares que se adopten por los árbitros, de acuerdo con lo previsto en el art. 52 LC, pudiendo denegar su adopción cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso; pues conforme al art. 8, n.º 4 LC (redactado por la disposición final tercera de

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):

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

4. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1 de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

Sin embargo, el laudo firme que suponga el reconocimiento de un crédito provoca la inclusión de este en la lista de acreedores; sin perjuicio de que los demás acreedores puedan impugnar el laudo en caso de fraude; tal y como resulta del art. 53:

1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de este, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.
2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

Por último, citar la opinión de HERNÁNDEZ-GIL¹⁶³ que entiende que entre las dos instancias de intervención y aprobación judicial, primero del convenio y después de su cumplimiento, cabe el sometimiento a arbitraje para la resolución de sus incidencias en el concurso. De la opinión contraria es DE ÁNGEL YAGÜEZ para quien:

Quedan fuera del radio de acción del arbitraje los conflictos característicos del Derecho Concursal. Para ellos, la Ley aplicable ha establecido un procedimiento, necesariamente judicial, con una implícita pero obvia exclusión del arbitraje. Pero no es porque en ese terreno la autonomía de la voluntad pierda su vigor, sino porque, en realidad, el concurso entraña un al menos potencial

¹⁶³ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, Art. 2, *en Comentarios a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO (coordinadores), op. cit. Pág. 114-174. Para un estudio más a fondo vide GONZÁLEZ MONTES, José Luis, Arbitraje y concurso de acreedores, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coordinador José Luis GONZÁLEZ MONTES, Edit. La Ley, Madrid, 2008, págs. 373-400.

procedimiento de ejecución universal; y la ejecución es inseparable del *imperium* que solo ostentan los Tribunales de Justicia¹⁶⁴.

10. PERSONAS JURÍDICAS

a. Planteamiento general

Para la Ley de 1953 solo las personas físicas podían concluir una cláusula compromisoria; no obstante, la Ley de 1988 adopta una «formulación nueva»,¹⁶⁵ si bien:

No hace más que plasmar algo que en la práctica se aceptaba como común: el que con frecuencia fueran personas jurídicas las que se vinculaban para resolver sus controversias mediante arbitraje. Por lo demás, este planteamiento supone la inclusión de las personas jurídicas públicas, posibilitándose el acceso al arbitraje de estas¹⁶⁶.

Cuestión esta de rabiosa actualidad, ya que entre las innovaciones impulsadas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, encontramos la introducción del arbitraje (en su «Disposición Adicional Única») como vía para resolver las controversias jurídicas relevantes que puedan surgir entre la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, o entre dos o más de ellos.

Nuestra LA mantiene la misma postura que la Ley de 1988 respecto de las personas que pueden concluir el convenio arbitral; limitándose a decir que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho» (art. 2.1 LA).

Ahora bien, mientras las personas físicas pueden comparecer por sí mismas; por las personas jurídicas comparecerán las personas físicas que legalmente las representen. Por tanto, surgen tres cuestiones esenciales:

1ª. Determinar quiénes son personas jurídicas; y el art. 35 del Código Civil nos responde con claridad:

Son personas jurídicas:

¹⁶⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, Art.2, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Edit. La Ley, Madrid, 2013, pág. 72.

¹⁶⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 59.

¹⁶⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 59.

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

2ª. Quiénes actuarán como sus representantes legales; así, obtenemos que¹⁶⁷:

Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de este (art. 36 CC.).

Por otra parte, la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones, por sus estatutos, y la de las fundaciones, por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuera necesario (art. 37 CC.).

3ª. La capacidad de las personas jurídicas, punto donde debemos partir del art. 38 del CC. cuando dispone:

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

La Iglesia se registrá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

Además, en nuestro Derecho, la capacidad de las personas jurídicas se rige por dos clases de normas:

- Las legales, de carácter general o especial;
- Y las estatutarias o negociables de los particulares.

El Código civil se refiere a esto cuando dice que las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados, se registrarán por las disposiciones

¹⁶⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 60.

relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de este (art. 36); señalando el art. 37 que:

La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.

En este sentido, la capacidad civil que nuestro ordenamiento reconoce a la persona jurídica, podemos concretarla en los siguientes grupos.

- a. Derechos de la personalidad. Son aquellos que le corresponden a la persona jurídica como resultado de su «personalidad jurídica» (ser sujeto de Derecho y, por tanto, titular de derechos y obligaciones); entre los que encontramos el derecho al nombre y a los signos distintivos de la empresa, la nacionalidad y el domicilio (arts. 28 y 41 del CC.).
- b. Derechos reales y de obligación. A este elenco se refiere el art. 38 del CC. ya visto, reconociendo la plena capacidad de las personas jurídicas en esta materia; salvo el derecho de usufructo, que no podrá constituirse a favor de una persona jurídica por más de treinta años conforme al art. 515 del CC.
- c. Derechos familiares. Si bien, por su propia esencia, las personas jurídicas carecen de una “proyección” jurídica familiar; no podemos olvidar el art. 242 cuando dice: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados».
- d. Derechos sucesorios. Como manifestación de lo dispuesto en el art. 38, encontramos la posibilidad de que las personas jurídicas puedan adquirir por testamento (art. 746); si bien, no por sucesión legítima (salvo el Estado e instituciones que, por su conducto, han de recibir los bienes que les correspondan). Pueden, por sí solas, a través de sus legítimos representantes, aceptar la herencia; si bien para repudiarla necesita la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público (art. 993); y tratándose de los establecimientos públicos oficiales no pueden aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno (art. 994).

Llegados a este punto, cabría hacer una precisión: la persona jurídica ha de actuar o ejecutar su capacidad de obrar por medio de personas físicas; esa actuación se ha perfilado en torno a dos concepciones jurídicas, que solo mencionaremos aquí, la teoría de la representación y la teoría del órgano, defendida por los seguidores de GIERKE¹⁶⁸. Pero al no ser un tema central en el convenio arbitral lo dejaremos de lado.

La capacidad de la persona jurídica para realizar un convenio arbitral radica en el art. 38 del CC. (ya visto) cuando señala que «las personas jurídicas pueden contraer obligaciones»; siendo, por tanto, incontrovertible el hecho de una persona jurídica puede ser parte en la celebración de un convenio arbitral, en tanto que reúne los requisitos de capacidad de obrar y poder de disposición (una cuestión que atañe, como persona jurídica, a su regulación especial) o, como el art. 2.1 de la LA dice, la «libre disposición conforme a derecho».

Consecuentemente, las personas jurídicas pueden «comprometer en convenio arbitral la resolución de sus controversias jurídicas y económicas, depositando el poder de decisión en un tercero».¹⁶⁹

Ahora bien, siguiendo al Profesor MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, podemos concluir que:

La metodología a seguir es casuística: en cada caso concreto es preciso acudir a la disposición o normativa por la que se rige la entidad para tratar de averiguar quién es su representante legítimo y cuáles son sus facultades de actuación¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Para un estudio más a fondo sobre la teoría del órgano de Otto Von Gierke, vide XXIV Congreso Internacional Latino, México, 2004, Tema III, *La persona jurídica en el tráfico nacional e internacional*, ponencia nacional de Alemania, por Drs. JÖRG BUCHHOLZ y EBRHARD KLEIN, en BNOTK, Bundesnotarkammer, sobre todo las págs. 20-22. También la obra de GONZALEZ VICÉN, Felipe, *Teoría del Derecho y Método Jurídico en Otto von Gierke*, especialmente las págs. 12 y ss., Universidad de La Laguna, en www.Dialnet, basada en traducciones de la obra de Gierke; del mismo autor en Anuario de Filosofía del Derecho, 1979, las págs. 259-334. FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, edición española núm 44, Ed. Comares, Madrid, 2006, pág 104. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil...* tomo I, vol. II, op. cit. págs 381-382. Ed. Reus, Madrid, 2007

¹⁶⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op cit. pág. 266.

¹⁷⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 60.

b. Supuestos especiales de capacidad para suscribir un convenio arbitral

En este sentido nuestro ordenamiento jurídico nos permite distinguir los siguientes supuestos especiales de capacidad en:

1. Asociaciones conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo.

En las asociaciones, conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, el órgano de representación realiza los actos propios de la finalidad de la asociación, siempre que no se haya previsto otra cosa en los Estatutos. En este sentido, resulta clarificador el art. 11.4:

Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Solo podrán formar parte del órgano de representación los asociados.

Para ser miembro de los órganos de representación de una asociación, sin perjuicio de lo que establezcan sus respectivos Estatutos, serán requisitos indispensables: ser mayor de edad, estar en pleno uso de los derechos civiles y no estar incurso en los motivos de incompatibilidad establecidos en la legislación vigente.

Si bien esto se completa con lo que dice el art. 12, letra a):

Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente:

- a) Las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General.

Refiriéndose el resto del artículo al funcionamiento interno de dicho órgano de representación en términos «orgánicos»:

- b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.3, la Asamblea General se convocará por el órgano de representación, con carácter extraordinario, cuando lo solicite un número de asociados no inferior al 10 %.
- c) La Asamblea General se constituirá válidamente, previa convocatoria efectuada quince días antes de la reunión, cuando concurren a ella, presentes o representados, un tercio de los asociados, y su presidente y su secretario serán designados al inicio de la reunión.
- d) Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de las personas presentes o representadas, cuando los votos afirmativos superen a los negativos. No

obstante, requerirán mayoría cualificada de las personas presentes o representadas, que resultará cuando los votos afirmativos superen la mitad, los acuerdos relativos a disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación.

2. Fundaciones conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre

Las fundaciones se regulan por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que atribuye al Patronato de la entidad las facultades de representación:

En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos (art. 14.1).

En este sentido se manifiesta el art. 21.3, párrafo 1º cuando se refiere expresamente al compromiso, actualmente, conforme al art. 3.1 del CC., convenio arbitral:

Los [...] actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso [...] deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

Además, habida cuenta de la sujeción del patrimonio de la fundación a la realización de sus fines, el art. 21.3, párrafo 1º continúa diciendo que dicha comunicación también procederá cuando se trata de actos de disposición o gravamen que tengan por objeto bienes «cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 % del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado».

Así, si entendemos por convenio arbitral:

- 1) El acuerdo de voluntades que crea una relación jurídica obligatoria.
- 2) Con el objetivo de someter a un tercero una controversia.
- 3) Que tenga por objeto un interés de *ius disponendi*.
- 4) Para su resolución.
- 5) Por cuanto las partes se comprometen a acatar el laudo arbitral.

Esta última característica nos permite concluir que, cuando las partes lo celebran, están comprometiendo sus intereses patrimoniales y, por tanto, están «disponiendo» o «gravando» su patrimonio en caso de controversia; ya que, si bien no se trata de una

disposición o gravamen «inmediatos», sí podemos considerarlos «mediatos»; ya que dependerán del prudente saber y entender del árbitro o árbitros, en su caso.

De ahí, la cautela introducida por el legislador, pues el Protectorado radica en el Ministerio correspondiente al objeto fundacional, velando por el cumplimiento de sus fines; si bien *a posteriori*, ya que esta comunicación del art. 21.3 se realiza a efectos del posible ejercicio de las acciones de responsabilidad oportunas:

El Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley (art. 21.3, párrafo 2°).

3. Sociedades cooperativas reguladas por la Ley 27/1999, de 16 de julio

En la sociedad cooperativa, regulada por la Ley 27/1999, de 16 de julio, se atribuye al «Consejo Rector» las facultades de representación; expresándose el art. 32.1 en los siguientes términos:

El Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General.

No obstante, en aquellas cooperativas cuyo número de socios sea inferior a diez, los Estatutos podrán establecer la existencia de un Administrador único, persona física que ostente la condición de socio, que asumirá las competencias y funciones previstas en esta Ley para el Consejo Rector, su Presidente y Secretario.

Corresponde al Consejo Rector cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales (observemos el uso reiterado del término «órgano») y, en su caso, acordar la modificación de los Estatutos cuando consista en el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal.

En todo caso, las facultades representativas del Consejo Rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos.

Este último inciso, aunque a modo de coletilla, posee una gran importancia para la institución arbitral, ya que no cuesta imaginar que el Consejo Rector pueda concluir un convenio arbitral, vulnerando alguna estipulación estatutaria en cuanto a sus facultades representativas; en cuyo caso, la sociedad cooperativa queda obligada para con el tercero;

sin perjuicio de las acciones que la Asamblea General pueda ejercitar contra los miembros del Consejo Rector, para exigirle responsabilidades.

4. Sociedades reguladas por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Las *sociedades de capital*. La sociedad anónima y la de responsabilidad limitada han sido denominadas tradicionalmente como «sociedades de capital», ya que se trata de personas jurídicas constituidas por uno o varios socios, que alcanzan tal condición al aportar una cantidad de dinero; formando un capital común que sirve a la sociedad para la consecución de su finalidad: un lucro partible entre los socios.

Actualmente, tanto la sociedad anónima como la de responsabilidad limitada se hallan reguladas por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Así, el art. 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye la representación de las mismas a los administradores, en los siguientes términos:

En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

Determinándose, a continuación, a quién corresponde en cada caso dicho poder de representación.

En cuanto al ámbito de dicho poder, el art. 234.1 establece que:

La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

Este último párrafo supone, pues, una excepción al efecto *erga omnes* de la publicidad registral; que también podemos incluir entre las medidas de protección de los terceros que concluyan con el administrador o administradores un convenio arbitral, protección que queda reforzada por el apartado 2 cuando señala:

La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

5. La sociedad civil del artículo 1665 del Código civil

Conforme al art. 1665 del CC.:

La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

Además, la sociedad civil puede adoptar una forma mercantil o no, pues conforme al art. 1670:

Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Sala 3ª, sección 6ª, BOE, 24 de abril) declara nulo el art. 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil¹⁷¹, por falta del informe previo preceptivo del Consejo de Estado y por carecer de una norma habilitadora con rango de ley (en el caso, un Real Decreto).

Por tanto, si bien las sociedades civiles (ya sean puras o con forma mercantil) necesitaban de su inscripción en el Registro Mercantil para adquirir personalidad jurídica, por consistir la inscripción en el medio de publicidad al efecto; actualmente, solo existe un medio posible para ello: la publicidad de hecho.

Para entenderlo, debemos partir del art. 35 del CC.:

Son personas jurídicas:

¹⁷¹ El art. 269 bis dice «1. Las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieren adoptado. 2. Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este reglamento en cuanto le sean aplicables. En la inscripción primera de las sociedades se hará constar las siguientes circunstancias: 1ª. La identidad de los socios. 2ª. La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión "Sociedad Civil". 3ª. El objeto de la sociedad. 4ª. El régimen de administración. 5º Plazo de duración si se hubiere pactado. 6ª. Los demás pactos lícitos que se hubieren estipulado». Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, en virtud de la libertad de pactos del artículo 1255 Cc. no hay ningún problema en admitir un arbitraje societario en el contrato de sociedad civil. Este autor, además añade que para que un socio transmita su condición a otra persona que lo sustituiría, haría falta la unanimidad del resto de los socios, por ser una sociedad particularista, y que el nuevo socio quedaría sujeto a un arbitraje societario que se hubiese convenido (original o sobrevenido) en el contrato de sociedad; sería la subrogación de una persona en la posición jurídica de otra, con todo su alcance y consecuencias. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R... op. cit. págs. 345-346.

- 1) Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

- 2) Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Especificando el art. 1669:

No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

Y la comunidad de bienes carece de personalidad jurídica.

De este precepto la doctrina deducía (*sensu contrario*) que tendrán personalidad jurídica las sociedades civiles cuyos pactos no se mantengan secretos y el socio contrate en nombre de la sociedad; pero, como no existían registros públicos donde inscribir el contrato de sociedad civil, debía entenderse que los pactos dejaban de ser secretos entre los socios desde el momento en que la sociedad actuaba como tal en el tráfico jurídico-económico, en el ejercicio de las actividades que constituían su objeto social.

Era la publicidad de hecho lo que atribuía la personalidad jurídica a la sociedad civil; cuestión que se regularizó con el art. 269 bis del Reglamento Mercantil, pero, tras su anulación, ya no cabe la posibilidad de adquirirla mediante la inscripción, sino únicamente a través de la publicidad de hecho.

Por lo que, en caso de no tener publicidad externa, solo será parte del convenio arbitral el socio que lo celebre; otra cuestión es que el laudo arbitral pueda beneficiar o perjudicar al resto de socios en sus intereses.

En todo caso, cualquiera que sea el tipo de persona jurídica el representante o apoderado necesitará para celebrar el convenio arbitral, en forma que obligue a la entidad, un poder especial al efecto; según resulta del art. 1713 del CC.:

El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.

Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

Poder expreso y especial que debe constar en escritura pública, conforme al art. 1280, nº 5:

Deberán constar en documento público:

El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

II. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

A. Planteamiento general, la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a un arbitraje

En esta materia también nos encontramos con un desconcertante silencio de la LA, pues la Ley de 1988 expresaba en su art. 5º: «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje»¹⁷², a lo que el art. 6º añadía que debía hacerse por escrito.¹⁷³

La exigencia del art. 5º era congruente con otras disposiciones que trataban sobre la prestación del consentimiento, conformando una regulación congruente y uniforme; así, el art. 10.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exigía claridad y explicitación para el convenio arbitral que se suscribiera en materia de consumo.

Dicho esto, los mismos problemas que planteaba la práctica jurídica bajo la Ley de 1988 se presentan en la actualidad; pero con menores referentes legislativos, ya que (como indicamos arriba) la vigente LA no contiene una cláusula al respecto.

De este modo, pasamos a su estudio sistemático, donde podemos advertir los siguientes «puntos grises»:

B. La firma. La expresión del consentimiento por escrito

Al ser la firma un elemento propio de la persona física que le identifica, se utiliza para dejar constancia de su voluntad en los actos del tráfico jurídico (tal y como ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo); por tanto, se hace:

Conveniente que mediante la firma se manifieste de modo claro la voluntad de acudir al arbitraje, especialmente en aquellos casos en que el pacto no aparece directamente en el

¹⁷² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 76

¹⁷³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 76

contrato principal, pero sí en facturas o documentos similares que una de las partes envía a la otra¹⁷⁴.

En este sentido, encontramos la determinación del artículo II.2, del Convenio de Nueva York: La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas.

Por tanto, no sorprende que DAVID afirme:

La convención arbitral no puede ser fruto de un silencio guardado por una parte contratante frente a la declaración unilateral hecha por su contratante, e incluso en el plano internacional no puede derivarse del uso de una profesión.¹⁷⁵

Con ello se persigue que cada una de las partes tenga conocimiento de aquello a que realmente se obliga y, por tanto, pueda operar plenamente el principio de buena fe del art. 7.1 CC.; por ello, no sorprende que DAVID añada:

Los comerciantes deben tener plena conciencia que en sus contratos hay una cláusula compromisoria previendo un procedimiento arbitral. Si no se dan plena cuenta de esto, poco éxito tendrá el arbitraje futuro, ya que en realidad los contratantes no han consentido plenamente.¹⁷⁶

Por tanto, se produciría un supuesto de divergencia entre la voluntad interna y la declarada, donde:

Lo esencial es asegurarse que el consentimiento ha sido querido efectivamente¹⁷⁷.

Esta postura fue la seguida por el Auto del TS de 22 de octubre de 1970:

Es lo cierto que el anexo en que se contienen [las cláusulas compromisorias] no ha sido firmado por ninguna de las partes contratantes y, para que sea eficaz frente los mismos [partes contratantes], requieren dicha firma conforme a los artículos 1.116 y 1.256 del CC español, lo cual les desposee de todo valor por no constar fehacientemente la conformidad de la Compañía española con dichas cláusulas¹⁷⁸.

¹⁷⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 76-77.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.77, citando a DAVID Rene, *Principios directores de la legislación en materia de arbitraje comercial internacional*, Revue de l'Arbitrage, 1969, págs. 254 y ss.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 77, citando a DAVID, *Principios directores...* op. cit. págs. 254 y ss.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 77, citando a DAVID, *Principios directores en materia de arbitraje...* op. cit. págs.254 y ss.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 78-79.

Ahora bien, siguiendo las directrices del art.1, apartados 6 y 7 del CC., la Jurisprudencia española ha establecido una doctrina casuística (anteriormente referida a la cláusula compromisoria; hoy, al convenio arbitral) y cuya orientación es la misma que estamos indicando.¹⁷⁹

C. La aceptación tácita del consentimiento en un convenio arbitral.

Debido a las exigencias de celeridad del tráfico jurídico (fundamentalmente en el internacional donde existen más intereses implicados), en la práctica, la aceptación expresa del convenio arbitral no es la norma; sino, más bien, la excepción; recurriéndose, en la mayoría de casos, a la celebración verbal del contrato: solo con posterioridad se procede a su formalización documental.

Todo ello origina el problema de la «aceptación tácita»; algo que ya se planteó el TS, durante los años cuarenta, respecto de las «declaraciones presuntas»; lo que reducía la cuestión al problema del valor jurídico del silencio.

En este sentido, la STS de 24 de septiembre de 1943 consideró que el silencio vale como una declaración de voluntad, siempre que reúna los siguientes requisitos:

- Uno, subjetivo: que el que calle pueda contradecir, por tener conocimiento de los hechos y posibilidad de protesta.
- Otro, objetivo: que el que calle tenga obligación de contestar o, al menos, que se esperase moralmente que lo hiciera.

Ahora bien, la sentencia es clara al exigir que dichos requisitos se contemplen conforme a las exigencias de la buena fe.

No extraña, pues, que el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO afirme:

Se estima, por lo general, que la conclusión de la venta equivale a la aceptación tácita de las cláusulas o usos mercantiles y el mero hecho de acusar la recepción de las facturas se considera como aceptación de todas las cláusulas –entre ellas la cláusula compromisoria- cuya impugnación no se reclame¹⁸⁰.

Por otra parte, conforme al art. II.2 del Convenio de Nueva York (ya visto), podríamos llegar a la conclusión de que dicha norma no admite la «aceptación tácita» del convenio arbitral.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 79.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 80.

Ahora bien, como observamos, el Convenio de Nueva York no niega categóricamente la «aceptación tácita»; sino que reconduce el problema al campo de la forma.

Así, según REMIRO:

En lugar del método conflictual, incapaz de superar la heterogeneidad de soluciones materiales, se ha adoptado una regla uniforme llamada, no solo a liquidar esa heterogeneidad, sino también a bloquear —sin necesidad de recurrir a la noción de orden público— la aplicación de las normas de las legislaciones estatales más ritualistas que aún conservan como reliquia la exigencia de formas auténticas para el acuerdo arbitral. Para la aplicación del Convenio de Nueva York bastará con que este acuerdo sea escrito sin más¹⁸¹.

Por tanto, para el convenio de Nueva York, lo esencial es la forma en que se manifieste la «aceptación», siendo necesario, llegados a este punto, hacer una breve referencia a los distintos tipos de forma que podemos encontrar.

En este sentido, la Doctrina suele diferenciar, a efectos sistemáticos, distintas clases de forma (voluntaria o legal, verbal o escrita, pública o privada) siendo la más importante la que distingue entre forma *ad solemnitatem* y *ad probationem*:

- La forma será *ad solemnitatem* cuando la Ley exija para la eficacia jurídica de un negocio, que este se celebre con una forma determinada, convirtiéndose, pues, en «un elemento esencial del contrato, de manera que su falta, no solo lo haría inválido, sino también inexistente»¹⁸². Por tanto, junto a los elementos del contrato a que se refiere el art. 1261 CC. (consentimiento, objeto y causa), nos haría falta la forma determinada por la Ley.
- Nos referimos a la forma *ad probationem* en aquellos supuestos en que se establece «la forma escrita con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado a través de la forma señalada»¹⁸³.

En nuestro Derecho, el mejor ejemplo de ello lo constituye el art. 1280 CC.; ya que si se dice: «Deberán constar en documento público» se trata de una estipulación no imperativa, sino potestativa (siempre puesta en relación con la

¹⁸¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs.117-118, citando a REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrajes extranjerías*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, pág. 69.

¹⁸² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 118.

¹⁸³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 118.

facultad del art. 1279), tal y como señala el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO:

En los supuestos del artículo 1280 CC, [...] la forma *ad probationem* solo dejaría sentir su influencia respecto del negocio contraído cuando, al reclamar ante los Tribunales por cualquier razón ligada con el mismo, hubiese que probar la existencia de este¹⁸⁴.

Llegados a este punto, conviene recordar que conforme al Convenio de Nueva York, la cláusula compromisoria (actual convenio arbitral) puede concluirse de dos modos:

1. Un documento público.
2. Un documento privado.

Pero además, asumiendo la práctica comercial internacional, vemos como el art. II.2 del Convenio se refiere a las cláusulas compromisorias «contenidas en un canje de cartas o telegramas».

Por todo ello, el Convenio de Nueva York configura la forma escrita como el elemento constitutivo del convenio arbitral:

Según la Convención de Nueva York, si no hay documento escrito, no hay pacto compromisorio¹⁸⁵.

En cambio, el convenio de Ginebra sí que admite la «aceptación tácita»; ya que conforme a su art. 1.2.a):

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 separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y, en las relaciones entre Estados, cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes¹⁸⁶.

Ahora bien, se plantea un supuesto distinto en los casos de absoluto silencio: aquellos en que no existe otra manifestación de voluntad, que sirva de contraste, para verificar la efectiva aceptación de la otra parte en el convenio arbitral.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 118.

¹⁸⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 118.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 81.

Nosotros, siguiendo al Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹⁸⁷ pensamos que el convenio arbitral es elemento esencial del Derecho Arbitral que, a su vez, es independiente del Derecho Mercantil; por lo que no le afectan los «usos y costumbres» del tráfico mercantil que, entre otros efectos, suelen contemplar (por exigencias de eficacia y eficiencia) «subrogados de la voluntad»¹⁸⁸.

En el Derecho arbitral la cláusula compromisoria, aunque vaya inserta en un contrato mercantil, no será nunca un pacto de esta naturaleza y menos para otorgársele el valor de un uso social a la sumisión al arbitraje impuesta al comprador por el vendedor, si no ha habido una aceptación expresa o al menos manifiestamente tácita, ya que de otro modo, aquella propuesta no constituiría más que una declaración de voluntad unilateral que de ninguna manera podrá configurar el contrato compromisorio¹⁸⁹.

En este sentido, el legislador, al elaborar la vigente LA, fue consciente de tal conclusión; por ello, la Exposición de Motivos (III) declara:

El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley. En líneas generales, la Ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos.

Por lo que siendo «problemático» el supuesto de la «aceptación tácita» y partiendo de la premisa «la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma» (Exposición de Motivos, III, párrafo 3º), el art. 9.5 de la LA precisa que:

Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Superándose, finalmente, la confusa vinculación entre eficacia negocial y forma, adoptando así una postura más consecuente con la práctica y la autonomía de la voluntad de las partes.

Finalmente añadir que para PRATS ALBENTOSA¹⁹⁰, la manifestación de la voluntad de someterse a arbitraje debe de ser siempre personal, concreta y

¹⁸⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 83.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 83.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 83-84.

¹⁹⁰ «La trascendencia de este contrato [de arbitraje] sobre el derecho a la tutela judicial, determina que la ley exija esta manifestación personal, concreta y expresa de la voluntad, y que, implícitamente, no acepte la validez del mismo si en el contrato no queda constancia de la voluntad expresa e inequívoca de cada una de las partes de que consienten que sus controversias se resuelvan a través del arbitraje.

»Esta exigencia, de otra parte, impide que pueda considerarse prestado el consentimiento contractual tácitamente o por hechos concluyentes, y que el silencio de una de las partes, ante la invitación de la otra parte, a solventar mediante arbitraje el conflicto que les afecta, no tenga más que un sentido negativo. No

fundamentalmente expresa, con la sola y única excepción del art. 9.5, referido a la manifestación tácita.

D. La aceptación de someterse a arbitraje en negocios jurídicos derivados

En este apartado nos referimos a aquellos negocios jurídicos que traen causa en sí mismos (originales o principales) y a aquellos otros que traen causa de otro (accesorios o derivados).

- Uno de los principales problemas que plantea esta cuestión es el de los efectos del convenio arbitral concluido en contrato principal, respecto de los terceros que no han participado en su conclusión.

La opinión más extendida¹⁹¹ no permite que los terceros puedan aprovecharse del convenio arbitral, por tratarse de un pacto concluido *inter alios*, con una salvedad: el art. 1853 CC.:

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor.

Por eso, siguiendo este razonamiento, podríamos considerar al convenio arbitral celebrado entre acreedor y deudor como una «excepción no inherente a la persona del deudor» y, por tanto, que podría ser alegada eficazmente por el fiador¹⁹².

Esta posición se vería reforzada por la corriente jurisprudencial que prima el principio *favor negotii*; al ser la institución arbitral un medio de resolución de conflictos donde el árbitro es una persona más cercana a la materia objeto de la controversia¹⁹³ posibilitando, en ocasiones, la continuación completa o parcial del negocio.

obstante, ha de tenerse en consideración que el propio art. 9, en su apartado quinto, establece una excepción a la regla del consentimiento expreso. De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se considera que existe convenio arbitral cuando “en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”. En este caso, [...] la norma atribuye al silencio de una de las partes el carácter de positivo. De forma que, en este supuesto (y tan solo en este supuesto) la ley equipara el silencio con la manifestación positiva y expresa que exige para considerar que se ha prestado el consentimiento preciso para la existencia del contrato o convenio arbitral», PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, art. 9, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Edit. La Ley, Madrid, 2013, págs. 247-248.

¹⁹¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 87.

¹⁹² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 87 in fine – 88 in principio.

¹⁹³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 11.

- Quizá el supuesto más interesante lo constituya la subcontratación; especialmente intensa en la contratación internacional, donde subcontratistas ejecutan parcialmente aspectos determinados de la operación.

En este caso, pues, para conseguir que todas las controversias que surjan en las distintas relaciones contractuales se sustancien ante un solo árbitro y mediante idéntico Derecho, solo tenemos una vía: la inclusión de la cláusula que determine el convenio arbitral en toda manifestación contractual que traiga su causa de un contrato principal.

E. La aceptación de arbitraje por subrogación y cesión de créditos

Podemos diferenciar tres supuestos:

1. La cesión de crédito. La Doctrina mayoritaria opina¹⁹⁴ en base al adagio «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (Nadie transfiere a otro más derechos que los que él mismo tiene), que el convenio arbitral entre acreedor-cedente y deudor-cedido compromete, en todo caso, al cesionario, pudiéndole oponer el deudor-cedido tanto las excepciones reales como las personales que este tuviera contra el acreedor-cedente.

No obstante, otras opiniones autorizadas (como el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹⁹⁵ sostienen que «el cesionario solo sería parte en el convenio arbitral si prestara inequívocamente su consentimiento para serlo».

2. Modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor/novación impropia en la posición del deudor. El nuevo deudor pasa a ser parte del convenio arbitral siempre que lo manifieste inequívocamente.
3. Cesión de un contrato. Podemos definirla como el negocio jurídico concluido entre las partes y un tercero con la finalidad de sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, permaneciendo esta idéntica en los demás elementos.

Doctrinalmente se ha discutido si la llamada cesión del contrato se descompone en una serie de cesiones de cada uno de los efectos del mismo (cesión de créditos, asunción de

¹⁹⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 90.

¹⁹⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 90.

deudas, etcétera), o si, por el contrario, se trata de un fenómeno de un carácter unitario con una finalidad unitaria también¹⁹⁶.

Nosotros, siguiendo al Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, consideramos que la segunda posición (denominada «teoría unitaria») es la «más conforme con el propósito de las partes de verificar la transmisión de una compleja posición jurídica, y a su vez, con la necesidad de que la unión tenga un pleno alcance objetivo, es decir, que no afecte solo a los derechos y a las obligaciones, sino a cualesquiera efectos contractuales (por ejemplo, excepciones), y asimismo a que la producción de sus consecuencias se realice con recíproca interdependencia en todas sus partes»¹⁹⁷.

En nuestro Derecho, esta materia únicamente se encuentra regulada con carácter específico en el art. 513 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la **Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra:**

Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por este en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo.

Si una de las partes hubiere consentido preventivamente la cesión del contrato a un tercero, la sustitución será eficaz, respecto a aquella, desde el momento en que le hubiere sido notificada; si no hubiere consentido preventivamente su cesión, esta solo le afectará si la aceptare.

Desde que sea eficaz la sustitución, por la notificación o aceptación en sus respectivos casos, el cedente queda desligado del contrato, y el cesionario subrogado en su lugar.

El contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente.

Los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento del contrato quedarán liberados por la cesión, a no ser que hubiesen prestado su consentimiento.

Pero fuera de este supuesto, ninguna otra norma (ni de Derecho común ni foral) se refiere a la «cesión del contrato», si bien «parece que no hay ninguna dificultad en construirla al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 1255 CC»¹⁹⁸.

Sin embargo, sí encontramos manifestaciones concretas de la «cesión de contratos» a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico; como lo son:

¹⁹⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 90.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. págs. 90-91.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 91.

- La cesión de los arrendamientos en la legislación especial: art. 8 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (aunque esta ha sido modificada por Ley 4/2013, de 4 de junio, BOE 5 de junio, no ha sido afectado este precepto); y art. 23 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre).
- Cesión de los contratos de obra en la legislación administrativa: art. 209 de la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; hoy implícitamente reconocido en el Capítulo VI del Título I del Libro IV del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- La cesión de los contratos de trabajo en caso de transmisión de la empresa: Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero sobre transmisión de empresa, revisada por la Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio; refundidas en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo; y art. 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, «la cesión requiere, para la plena producción de sus efectos, el consentimiento del contratante cedido»¹⁹⁹ ya que, según la STS de 5 de marzo de 1994 (repertorio TOL.1.665.818), la cesión del contrato implica un negocio de cesión entre cedente y cesionario, pero referido a un contrato de prestaciones recíprocas; ya que si se tratara de una prestación única, estaríamos ante una simple cesión de créditos o asunción de deuda.

Por ello, en la «cesión de contrato», necesitamos ineludiblemente el consentimiento del contratante cedido; conservando el cedido su posición originaria, pero ahora respecto del cesionario; quedando extinguida o «agotada» la relación que le unía con el cedente, salvo pacto expreso en contra.

No obstante, el cedente queda vinculado al cesionario respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato.

¹⁹⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 91.

En consecuencia, podemos concluir: «desde nuestro punto de vista, el cesionario sustituye al cedente en la cláusula cuando así lo declara terminantemente»²⁰⁰.

F. La aceptación de arbitraje en los contratos de adhesión y la protección del consumidor

Otro problema se plantea cuando el convenio arbitral supone una de las cláusulas que integran un contrato de adhesión²⁰¹.

A esta cuestión se refería el art. 5º.2 de la Ley de 1988 cuando disponía:

Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto [convenio arbitral, se entiende] y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación²⁰².

Nuestra LA 60/2003, suponemos que por su espíritu integrador y nada excluyente²⁰³ trata tangencialmente el tema, en sede de interpretación arbitral²⁰⁴, como más adelante veremos, en su art. 4, a) y b) cuando dice:

Cuando una disposición de esta Ley:

- a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34 (normas aplicables al fondo de la controversia).

²⁰⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 91.

²⁰¹ Trataremos de nuevo este tema en el capítulo tercero al estudiar el convenio arbitral en el arbitraje de consumo.

²⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 91.

²⁰³ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Director): *Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, Barcelona (2004), pág. 77; ALBERTO DE MARTÍN MUÑOZ Y SANTIAGO HIERRO ANIBARRO (Coordinadores): *Comentario a la ley de arbitraje*, Marcial Pons, Madrid (2006), pág. 176.

²⁰⁴ «Por eso abundan [en la Ley 60/2003] las prescripciones de Derecho dispositivo, tendentes a regular el arbitraje en todo aquello no previsto por las partes, admitiendo la expresión de la voluntad autonómica de estas limitada al mínimo de un convenio arbitral que puede no ser más que la declaración de voluntad 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. Las partes pueden limitarse a emitir esa declaración de voluntad en la forma prescrita y, sobre su base, la Ley 60/2003 más, en su caso, los reglamentos de las instituciones arbitrales, cuando se trata de arbitraje institucional, y las determinaciones del árbitro o árbitros, en todo caso, permiten integrar la voluntad no expresamente declarada de las partes en todo lo necesario para establecer, impulsar y concluir el procedimiento arbitral», HERNADEZ GIL-ÁLVAREZ CENFUEGOS, A. en ALBERTO DE MARTÍN MUÑOZ Y SANTIAGO HIERRO ANIBARRO, *Comentario a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 178.

- b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

Pero

La práctica de los contratos tipo que tienden a convertirse en verdaderas normas consuetudinarias en el comercio internacional y que contienen a menudo una cláusula arbitral preestablecida disminuye todavía más la libertad real de apreciación y de decisión de cada parte, sobre todo cuando las condiciones generales de este contrato sean fijadas o impuestas por un organismo corporativo o por la parte en situación dominante en las negociaciones precontractuales²⁰⁵.

Por ello, existe una regulación específica, impulsada a instancias comunitarias y que sirve de barrera de contención a posibles abusos: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 89 de 4 de Mayo de 1998 (en adelante, LCGC).

Además, conforme al art. 9.2 de la LA 60/2003:

Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato²⁰⁶.

En este sentido, es el art. 4, párrafo 1º de esta LCGC el que determina, por exclusión, los contratos a los que se aplica:

La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

La razón radica en que se trata de materias que ya tienen su regulación especial; donde el convenio arbitral ya disfruta, a su vez, de un tratamiento específico: recordemos la regulación expresa que hace la LA del arbitraje testamentario (art.10).

²⁰⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 93, siguiendo a CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *El control de las condiciones generales de los contratos*, Revista «La Ley», Nº 2, 11.abril.1989, págs. 1013-1019.

²⁰⁶ Para PRATS ABELTONSA este artículo exige una manifestación expresa de la voluntad: «Cuando el convenio [arbitral] se encuentre incorporado al clausulado de un contrato sujeto a condiciones generales de la contratación, tan solo la aceptación expresa por el contratante de la cláusula, manifestada con su firma, podrá determinar su validez»; en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, op. cit. pág. 248.

Por tanto, cabe preguntarse la relación entre convenio arbitral y condición general de la contratación.

En este sentido, la Exposición de Motivos (II) de la LA²⁰⁷ conecta las reglas de interpretación del art. 4 con el principio de autonomía de la voluntad de las partes; expresando (aunque sin mencionarlas, respecto de las letras a) y b): «[...] que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la [voluntad] de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral [...]. Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes», que, como indicamos al principio del presente trabajo, se trata de uno de los principios esenciales de la institución arbitral.

Este principio autoriza a las partes a decidir:

- Sobre la oportunidad de celebrar el contrato.
- El contenido del mismo.

Pero en el ámbito de los contratos de adhesión, una de las partes (oferente/predisponente) presenta a la otra (adherente) un contrato con un contenido predeterminado, restringiéndose, por tanto, su autonomía, a la decisión de celebrar o no el contrato.

En este sentido, según ALBERTO DE MARTÍN MUÑOZ y SANTIAGO HIERRO ANIBARRO²⁰⁸:

Conviene observar que el art. 4.a), aunque utilice el plural «las partes», [...], no se refiere solo a la facultad de las partes actuando de consuno, sino a cualquier supuesto en el que las partes puedan llevar a cabo una actuación jurídicamente relevante en el seno del arbitraje, o en relación con el arbitraje, incluso individualmente cuando la voluntad unilateral de una de las partes sea eficaz en el arbitraje [...]. Pues bien, también en esos (*ubi lex non distinguet nec nos distinguere habemus*) cabrá diferir a un tercero: la determinación voluntaria de la parte.

Por tanto, la determinación unilateral del convenio arbitral quedaría refrendada por el propio texto de la LA.

²⁰⁷ DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág.178.

²⁰⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 179.

Además, si todavía pudiéramos tener alguna duda al respecto:

La expresión «tercero», primero por su generalidad y segundo por la mención expresa a la institución arbitral bajo su concepto, no ha de entenderse en términos personales y, menos en términos individuales, sino que puede tratarse de un tercero plural o colectivo²⁰⁹.

Esto nos remite al concepto de condición general de la contratación:

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art.1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Por otra parte, el art. 4,b) de la LA reconoce a las partes la posibilidad de pactar en el convenio arbitral el arbitraje institucional del art. 14²¹⁰ que supone la intervención de un ente especializado de naturaleza permanente²¹¹:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
 - a. Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
 - b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.
2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Por todo ello, queda claro que la autonomía de la voluntad²¹² permite la adhesión a una cláusula de convenio arbitral.

²⁰⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág.180.

²¹⁰ DE MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 186. En el mismo sentido vide GARBERI LLOBREGAT, José (Director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Edit. Bosch, Barcelona (2004), pág. 78.

²¹¹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 78.

²¹² GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 77.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos preguntarnos acerca de los límites de dicha «libertad contractual» a la hora de fijar una cláusula general de convenio arbitral.

Así, podemos distinguir dos clases de limitaciones:

- 1ª. Una limitación material, impuesta por normas de Derecho imperativo o *ius cogens*;
- 2ª. Otra legal, procedente de la normativa de protección de consumidores y usuarios (también de *ius cogens*).

En cuanto a la primera, en principio, si hacemos una interpretación literal del art. 4, a) de la LA, «La posibilidad de autorizar a un tercero se circunscribe a los casos en que una disposición de esta ley deje a las partes la facultad de “decidir libremente sobre un asunto”»²¹³. Siguiendo a J. GARBERÍ LLOBREGAT²¹⁴ son los siguientes:

1. El número de árbitros, siempre que sea impar (art. 12 LA).
2. El procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad (art. 15.2 LA).
3. El procedimiento de recusación de los árbitros (art. 18.1 LA).
4. El procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones (art. 25.1 LA).
5. El lugar del arbitraje (art. 26.1 LA).
6. El idioma o los idiomas del arbitraje (art. 28.1 LA).

Ahora bien, haciendo una interpretación extensiva, obtenemos los siguientes²¹⁵:

1. Forma de notificaciones y comunicaciones, cómputo de plazos (art. 5 LA)
2. Nacionalidad del árbitro (art. 13 LA)
3. Requisitos específicos para ser árbitro (art. 15.6 LA)
4. Plazo de 15 días para comunicar la aceptación del árbitro a quien lo designó (art. 16 LA)
5. Remoción del árbitro por inactividad durante un plazo razonable (art. 19.1 LA)
6. Exclusión de la potestad arbitral para adoptar medidas cautelares (art. 23.1 LA)

²¹³ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 78.

²¹⁴ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 78.

²¹⁵ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 79-80.

7. Exclusión de la facultad de los árbitros de reunirse en cualquier lugar para oír a los testigos, peritos o partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas (art. 26.2 LA)
8. Determinación de la fecha de inicio del arbitraje (art. 27 LA)
9. Determinación del contenido de la demanda y contestación (art. 29.1 LA)
10. Exclusión de la posibilidad de modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales (art. 29.2 LA)
11. Exclusión de la facultad atribuida a los árbitros de decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones (art. 30.1 LA)
12. Exclusión de la facultad atribuida a los árbitros de nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas (art. 32.1 LA)
13. Exclusión de la celebración de una audiencia para interrogar al perito acerca del dictamen que ha emitido (art. 32.2 LA)
14. Exclusión del acuerdo mayoritario del colegio arbitral para tomar decisiones (art. 35.1 LA)
15. Exclusión de la facultad atribuida al presidente del colegio arbitral de decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (art. 35.2 LA)
16. Exclusión de la facultad de los árbitros de optar por la decisión de la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (art. 37.1 LA)
17. Exclusión del plazo de seis meses para dictar el laudo (art. 37.2 LA)
18. Exclusión de la motivación del laudo (art. 37.4 LA)
19. Pronunciamiento sobre las costas en el laudo (art. 37.6 LA)
20. Forma y plazo para notificar el laudo (art. 37.7 LA)
21. Terminación de las actuaciones (art. 38.2 b LA)
22. Determinación del plazo por el que cesa la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento (art. 38.3 LA)
23. Determinación del plazo para solicitar de los árbitros correcciones, aclaraciones o complemento del laudo (art. 39.1 LA)

La segunda limitación viene determinada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; cuyo art. 10 se refiere a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en los siguientes términos:

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

A lo que debemos añadir las exigencias de:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción de las “cláusulas no negociadas individualmente” (o lo que es lo mismo, “condiciones generales de la contratación”);
- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, que impone el art. 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General de los Consumidores y Usuarios citado.

G. La aceptación por socios en los estatutos de sociedades de capital. Especial referencia a los socios no fundadores

En cuanto al consentimiento que se deba expresar para obligar en convenio arbitral a una sociedad de capital, según PRATS ALBENTOSA²¹⁶:

Puede entenderse que la norma contenida en el art. 11 bis LA, resulta conforme a las exigencia de consentimiento individual y expreso del art. 9.1 LA, siempre y cuando se entienda que solo vincula a aquellos socios que votaron a favor de incluir en los Estatutos sociales la cláusula de sumisión a arbitraje de los conflictos que se plantean en la sociedad. O aquellos que, con posterioridad a la adopción de este acuerdo, y a pesar de su negativa o abstención a participar en el mismo, manifiesten expresamente su voluntad de aceptar que se sometan a arbitraje los conflictos que surjan en sus relaciones con la sociedad de capital.

²¹⁶ PRATS ALBENTOSA, L. en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 249.

Este autor, al que seguiremos en la exposición de este apartado, señala que la renuncia al derecho a acudir la jurisdicción estatal para acudir a arbitral es el ejercicio de un derecho individual de la persona y por lo tanto la prestación del consentimiento debe ser expresa y no sirve la prestada por los socios anteriores:

En el mismo sentido ha de entenderse que los nuevos socios han de manifestar expresamente su voluntad de aceptar someter a arbitraje sus conflictos con la sociedad, a pesar de que con antelación a su incorporación se hubiese adoptado este acuerdo y modificado los Estatutos sociales e, incluso, haberse inscrito esta modificación en Registro mercantil. No debe olvidarse que el acuerdo no afecta a una de las materias que, por ser propias del objeto social, pueda quedar sujeta al régimen de adopción de acuerdos por mayoría: la renuncia a la tutela jurisdiccional no es materia societaria, es materia que atañe a la persona en tanto que tal y como titular de su derecho fundamental; en consecuencia la decisión respecto de su ejercicio no puede resultar de la decisión de aquellos socios que votaron favorablemente la adopción del acuerdo. El voto de estos tan solo les vincula a ellos pero no aquellos que se opusieron o a los que se abstuvieron o no estuvieron presentes.

Así, de un lado, que todos los socios fundadores hayan incluido en los Estatutos la cláusula de sumisión a arbitraje, de acuerdo con la cual, de un lado, la sociedad se obligue a someter a arbitraje los conflictos que en ella se planteen y, de otra, todos los socios fundadores manifiesten su voluntad en el mismo sentido, determinará que el convenio es respetuoso con las exigencias del art. 9.1 LA pues todos han consentido.

De otro lado, en el caso en que constituida la sociedad y, en funcionamiento los socios acuerden introducir en los Estatutos que la sociedad se obliga a someter a arbitraje los conflictos que se planteen y, por otra parte, cada uno de los socios expresen su voluntad de someter a arbitraje los conflictos que se planteen con ella, determinará igualmente la sumisión de la persona jurídica y de los socios a arbitraje para la solución de conflictos que se planteen en tal relación jurídica, pues todo ellos han consentido.

Y, en tercer lugar, a pesar de que en los Estatutos se contenga la cláusula según la cual la sociedad someterá a arbitraje todos los conflictos que se planteen, y esta se haya inscrito en el Registro Mercantil, vincula a la sociedad frente a cada uno de los socios que hayan manifestado expresamente su voluntad de someter a arbitraje los conflictos que hayan surgido, o puedan surgir, en su relación jurídica con la sociedad. Y, desde luego, a esos frente a la sociedad.

Por tanto los socios que no expresaron su voluntad de someter a arbitraje los conflictos con la sociedad, bien porque no concurrieron a la votación, votaron en contra, se abstuvieron o se incorporaron a la misma con posterioridad a la adopción de tal acuerdo, tan solo

quedaron obligados a someter a arbitraje los conflictos que puedan tener frente a la sociedad, si expresamente manifiestan que consienten en que así sea²¹⁷.

Lo contrario, es decir, imponer al socio que no consintió expresamente la sumisión a arbitraje de los conflictos que pueda tener con la sociedad, como consecuencia de un acuerdo adoptado por los otros socios, sin el concurso de su voto favorable o de la manifestación expresa de su voluntad de aceptar someter a arbitraje los conflictos que puedan surgir con la sociedad a la que se incorpora como socio, implicaría una lesión directa al ejercicio de su derecho fundamental a recabar tutela judicial, en tanto que se vería privado de recurrir a ella sin su consentimiento y por la decisión de terceros, cuando, no puede olvidarse que el ejercicio del derecho fundamental es personalísimo y la Ley de arbitraje, en consecuencia, exige que el convenio deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje²¹⁸.

En el fondo, pensamos, se trata de un problema de Derecho Procesal y/o Constitucional sobre la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Pues cuando un socio de una sociedad de capital presta su consentimiento a un convenio arbitral, con la consiguiente renuncia al derecho a acudir a la vía jurisdiccional, no vemos lesión con la tutela judicial efectiva; pero, cuando el socio entra a posteriori, v. gr. al adquirir acciones y entrar en el consejo de administración, y por lo tanto no prestó su consentimiento al convenio arbitral, pues alguien anterior a él, v. gr. el antiguo tenedor de las acciones, había renunciado al derecho a acudir a los tribunales, ¿se puede decir que el anterior socio prestó el

²¹⁷ En contra de esta opinión se encuentra la sentencia del TSJ del País Vasco de 25.09.2012, núm. resolución 7/2012, Ponente Nekane Bolado Zárrega (TOL.2.678.047). El asunto planteado trataba de un contrato de comunidad de bienes al que se había incorporado un convenio arbitral. Uno de los comuneros cedió su cuota a un tercero, y, sin embargo, no aceptó expresamente la cláusula del contrato de comunidad en la que se incorporaba el convenio arbitral. El Tribunal consideró, frente a la alegación de inoponibilidad de la cláusula que contenía el convenio arbitral por el nuevo comunero, «la sociedad en cuestión es un contrato del que nace una relación jurídica contractual duradera y cuando se incluye una cláusula del convenio arbitral en los Estatutos quedan integrados en el contrato de forma que el convenio arbitral pasa a ser una cláusula estatutaria que vincula a los socios presentes y futuros y cualquier nuevo socio provoca una subrogación en la posición anterior...». PRATS ALBENTOSA, L. en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... op. cit. págs. 249-250, critica esta interpretación de la Sala porque «degrada el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al tratamiento propio de los derechos patrimoniales transmisibles de conformidad con el art. 1112 CC».

²¹⁸ La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28.10.2010 (TOL.2.646.860), *Affaire Suda c. République Tchèque*, núm. Recurso 164/206, art. 6 *Right to a fair trial*, (art.6-1) *Access to court* (art.41) *Just satisfaction* (general), entendió que se había vulnerado el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pues «La cláusula de arbitraje suscrita por terceros [accionistas mayoritarios y sociedad absorbente] impedía que el minoritario pudiera ser oído por un tribunal que presentara las garantías necesarias»; se entendió que vulneraba el derecho del socio minoritario del art. 6.1 :«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecida por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier actuación en materia penal dirigida contra ella».

consentimiento por el nuevo socio? ¿Lesiona la tutela judicial efectiva la imposición de este convenio arbitral? Entendemos que no, como no la lesiona, por ejemplo, la imposición del convenio arbitral impuesto por testamento, ¿puede el derecho subjetivo de acudir a los tribunales limitar la forma de prestar el consentimiento a un convenio arbitral que le viene dado o «impuesto» al nuevo socio por transmisión o cesión en una sociedad de capital? La cuestión no es pacífica ni en la Doctrina ni en la jurisprudencia.

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS DEL CONVENIO: ELEMENTOS REALES Y FORMALES. LA INTERPRETACIÓN

I. EL OBJETO

En torno al objeto del convenio arbitral, pensamos que se pueden hacer las siguientes afirmaciones:

- 1) El objeto del convenio son las «controversias» que puedan surgir entre los contratantes (art. 2.1 LA).
- 2) Son cuestiones de Derecho privado, especialmente de Derecho mercantil²¹⁹.
- 3) Debe tratarse de materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1).

A. EL OBJETO EN LA LEY DE ARBITRAJE

1. SON LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SURGIDAS O POR SURGIR

La ley de arbitraje de 1953, ciertamente meritoria aunque rudimentaria, no contenía una expresa regla sobre las cuestiones o controversias que pudieran (o no) someterse a arbitraje. Sus arts. 2 y 29 se referían genéricamente a un «conflicto», su art. 8 aludía a «la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje». El art.12 se refería a «una cierta controversia, específicamente determinada». Los arts. 15, 17, 19 y 23 utilizaban la expresión «controversia»; el art. 27 hablaba de «conflicto planteado». Es decir, «la Ley de 1953 no establecía ninguna explícita acotación de las materias que, sustrayéndose a la

²¹⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 95.

decisión de los Tribunales, pudieran ser objeto de arbitraje (como hoy suele decirse, en expresión extendida aunque no sea muy de mi gusto, las materias arbitrables)²²⁰.

La Ley de 1988 determinaba como objeto del pacto compromisorio las «cuestiones litigiosas» (art. 1); expresión recibida positivamente por la Doctrina, frente a las anteriores expresiones de la Ley de 1953: «controversia», «contienda y «conflicto planteado».

La razón hay que hallarla en las posibilidades que el término ofrece, en ningún modo desdeñables, y que posibilitan aglutinar en el arbitraje todas aquellas hipótesis en las que necesariamente no exista una oposición propiamente dicha (y sí «cuestión litigiosa») y en las que podrían enmarcarse las «cuestiones litigiosas» propias de la llamada jurisdicción voluntaria y, por ello, muy cercanas a la finalidad que persigue el arbitraje, que por propia naturaleza trata de huir del conflicto básicamente institucionalizado²²¹.

Actualmente, nuestra LA es clara y se refiere a las «controversias». Esta terminología obedece a dos causas principales:²²²

- 1ª. El deseo de armonizar la terminología de la normativa interna a tenor de los artículos 1.5 y 7 de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional (Exposición de Motivos, D).

El legislador es consciente de que «su redacción no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento». Con ello se pretende facilitar la difusión del Derecho arbitral español «entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las

²²⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Lorenzo Prats Albentosa (Coordinador), Edit. La Ley, Madrid, 2013, pág. 63.

²²¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 96.

²²² GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 39-40.

que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales»²²³ pensando fundamentalmente en los países iberoamericanos.

2ª. Permite mirar más allá de la distinción entre materias disponibles e indisponibles, pudiendo hacer referencia tanto a cuestiones litigiosas íntegras como a ciertos aspectos de las mismas; cuya resolución, si bien no resuelve el problema principal, sí soluciona el desacuerdo relativo a la interpretación o alcance de los aspectos en conflicto.

Esta interpretación se ha revelado de gran utilidad en la aceptación doctrinal de los arbitrajes administrativos, especialmente del tributario, en el que la Administración ha de dictar finalmente el acuerdo actuando sus potestades recaudatorias sin que obste a que un laudo arbitral fije el alcance de las cuestiones de los presupuestos de hecho que con posterioridad se recogerán en el acto de liquidación²²⁴.

2. SON CUESTIONES LITIGIOSAS DE DERECHO PRIVADO

En referencia al art. 7 de la Ley de 1953 decía OGÁYAR AYLLÓN:

El objeto del arbitraje puede ser toda materia de Derecho Privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente, por lo que no pueden serlo aquellas cuestiones que están excluidas del poder privado por razón del interés público... Están pues, vigentes las excepciones consagradas en la antigua legislación, así como las reconocidas por la jurisprudencia, pues al concederse a los árbitros solo facultades declarativas, ello excluye de su conocimiento las cuestiones que consistan en medidas ejecutivas o las exijan, como los juicios posesorios, de desahucio, medidas cautelares o de seguridad y en los actos de jurisdicción voluntaria. Si dichas cuestiones no son aptas para un contrato de compromiso, tampoco pueden serlo para el preliminar, porque este no podría nunca formalizarse por falta de idoneidad del objeto²²⁵.

²²³ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 39.

²²⁴ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...*, op. cit. pág. 40, siguiendo a CRUZ PARDIAL, Ignacio, *¿Es posible el arbitraje tributario?*, Impuestos I (1999), págs. 380 y ss.

²²⁵ El art. 7 de la Ley de 1953 decía: «El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la Ley, sino a las generales que acerca de esta materia rigen en el Derecho privado de la contratación». No podían ser objeto del arbitraje: las cuestiones sobre derechos políticos, honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas, aquellas en que según la ley debía intervenir el Ministerio Fiscal; y conforme al art. 1814 CC tampoco cabría arbitraje sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos

Según el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, la Ley de 1988 «intenta solucionar las controversias que surgen en el tráfico mercantil, interno e internacional»²²⁶ y «es sintomática, al respecto, su Exposición de Motivos»²²⁷.

Nuestra vigente LA de 2003 también demuestra esa vocación internacionalista, y así en el número I de su Exposición de Motivos leemos:

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

Al tiempo que se muestra aséptica en cuanto a la naturaleza privada o pública de las «controversias» que pretende resolver mediante el convenio arbitral.

Algunos autores²²⁸ no han dudado en calificar de «acierto» la falta de referencia al carácter privado de las controversias susceptibles de arbitraje; por dos motivos básicos:

- La dificultad de trazar la frontera entre lo público y lo privado.
- La existencia de materias de Derecho Público donde los sujetos pueden disponer libremente.

Pero, tal y como señala el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO «existen cuestiones litigiosas particulares a las que se puede referir la cláusula compromisoria. Son las relacionadas con el arbitraje en materia de consumo y de ordenación del seguro privado»²²⁹ que ahora pasamos a estudiar.

futuros. OGÁYAR AYLLON, Tomás, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, director ALBALADEJO, Manuel, tomo XXII, vol. 2.2ª, Edit. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, págs. 133-137.

²²⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 98.

²²⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 97-98.

²²⁸ GARBERI LLOBREGAT, José. *Comentarios a la ley 60/2003...* op. cit. págs. 38 in fine-39.

²²⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 98.

a. SUPUESTOS ESPECIALES

a.1. ARBITRAJE EN MATERIA DE CONSUMO

Bajo la vigencia de la Ley de 1988, «el punto de arranque en la configuración de un arbitraje en materia de consumo se halla en la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios»²³⁰ más en concreto, en su art. 31.

Actualmente, existe una Ley especial que regula un sistema arbitral específico en materia de consumo: el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, Texto Refundido).

Este sistema conserva las notas características del establecido por la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, ya que uno de los principales motivos para elaborar el Texto Refundido de 2007 fue transponer las directivas comunitarias en materia de protección de consumidores y usuarios, que afectan, esencialmente, a los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial, tal y como consta en la Exposición de Motivos del Texto Refundido (I, párrafo, 3º).

Ahora bien, a diferencia de la Ley 26/1984, el sistema arbitral del Texto Refundido de 2007 no surge como consecuencia de una «previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios» como sí disponía el art. 31. 1 de la Ley 26/1984.

Quizá debamos buscar la causa en la determinación del art. 57. 3 del Texto Refundido:

Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas.

Aun así, el Texto Refundido mantiene las características del arbitraje en materia de consumo, que podemos condensar en las siguientes notas²³¹:

²³⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 99.

²³¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 99-102.

a) Ausencia de formalidades especiales

A esto se refería el art. 31.1 de la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), pero sin mayor abundamiento; por ello, según el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, debíamos acudir a dos referencias aisladas: la disposición adicional 1ª y 2ª de la Ley de 1988.²³²

Conforme a la primera, el laudo no precisaba de protocolización notarial y el arbitraje sería gratuito; mientras que la segunda se limitaba a señalar que «el Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/ 1984»²³³.

El art. 1 nueve de La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios modificó el art. 31 de la LGDCU adicionando un nuevo apartado, el cuarto:

4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia ente las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.

Por otra parte, el art. 57.1 del Texto Refundido, RDL 1/2007 de 16 de noviembre, dice:

El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

²³² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 101.

²³³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 101.

Y completa esto el apartado 2 cuando establece:

La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

En aplicación de lo anterior se dictó el Real Decreto Legislativo 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE núm. 48 de fecha 25 de febrero de 2008, cuyo Capítulo III²³⁴ regula el Convenio Arbitral y definido en su artículo 24 como:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes, o en intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

²³⁴ Se regula el convenio arbitral que se encuentra dentro de un contrato de adhesión, aparece incorporado en un clausurado general y le son de aplicación las normas de este tipo de contratación. Este sistema de adhesión consiste en formalizar un convenio arbitral a través de una oferta pública de sometimiento al arbitraje realizada por los empresarios o profesionales, obligándoles a solventar cualquier conflicto presente o futuro con los consumidores que así lo deseen a través de este sistema. Los artículos 25 a 32 de este Real Decreto 231/2008 han regulado el procedimiento de adhesión al sistema arbitral de dos formas:

a) Con oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario: si el empresario ha realizado oferta pública de sometimiento, el convenio arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor que reclama. Esta adhesión se realiza a través de un impreso que se remite a la Junta Arbitral de Consumo donde manifiesta que conoce y acepta voluntariamente y en exclusiva el arbitraje de consumo que administra una Junta Arbitral, que conoce las normas que regulan este arbitraje de consumo y se compromete a cumplir el laudo. Firmado el compromiso de adhesión se le entrega un distintivo al dueño del establecimiento por el que informa a los clientes que su comercio está adherido a este sistema arbitral y que si los clientes manifiestan su conformidad, los conflictos se resolverán por este arbitraje.

b) Sin oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario. Cuando no va precedida de oferta pública, el convenio arbitral puede revestir diversas formas, conforme al art. 24.

Para un estudio más a fondo vide MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el sistema Arbitral de Consumo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, www.uclm.es/cesco, 2008.

2. Cuando existe oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral será válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud, siempre que coincida con el ámbito de la oferta.
3. Igualmente, se entenderá válidamente formalizado el convenio arbitral por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que esta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, aun cuando carezca del derecho a tal uso conforme a lo previsto en esta norma.
4. En caso de que no conste la existencia del convenio arbitral en cualquiera de las formas señaladas en los apartados precedentes, la Junta Arbitral de Consumo, recibida una solicitud de arbitraje dará traslado al reclamado para su aceptación, conforme a lo previsto en el artículo 7.3, apartado b).

En cualquier caso, es de aplicación supletoria de la LA 60/2003, tal y como la misma prevé en su art. 1.3: «Esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes».

b) El carácter vinculante y ejecutivo del laudo

En principio, el art. 37 de la Ley de 1988 afirmaba taxativamente que «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada», lo que «podría significar que el laudo es “obligatorio” para las partes implicadas y que contra el mismo no cabe recurso alguno»²³⁵.

Esto planteaba el problema de que un laudo vinculante y ejecutivo «sería un laudo contrario al orden público por vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 C)»²³⁶.

Actualmente, si bien no ha sido una cuestión especialmente tratada por el Texto Refundido, sí lo ha hecho, supletoriamente, el art. 43 de la LA cuando afirma:

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

²³⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 101.

²³⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 101.

Con ello, el legislador ha querido enmendar esa vulneración del art. 24 de la Constitución, ampliando, simultáneamente, las garantías de ambas partes.

En consecuencia, «respecto de la anulación, se evita la expresión “recurso”, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o solo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal»²³⁷.

Finalmente, indicar que el art. 57.1 del Texto Refundido refrenda el «carácter vinculante y ejecutivo» del laudo «para ambas partes», cerrándose el círculo, con lo dispuesto en el art. 11.1 de la LA, modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo:

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.

c) La sumisión al arbitraje ha de ser voluntaria y constar por escrito

El art. 31 de la Ley 26/ 1984 hacía dicha afirmación, en la creencia de que, con lo primero, se consigue «eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes»²³⁸, mientras que con la forma escrita no hacía otra cosa que corroborar lo dispuesto en el art. 6º, que exigía esta forma.

Por otra parte, se señalaba la importancia del carácter supletorio de la Ley de 1988:

²³⁷ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (VIII).

²³⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 102.

Si se considera que lo no previsto en materia de consumo es casi todo y que no existen desarrollos reglamentarios de la LGDUC, al menos en materia de arbitraje²³⁹.

Volviendo a nuestra LA, el art. 58.1 del Texto Refundido repite las exigencias de voluntariedad y constancia escrita:

La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

Al mismo tiempo, podemos predicar la misma importancia respecto de la supletoriedad de la LA, habida cuenta de la disposición expresa del art. 1.3 de la LA y la inexistencia del desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 57.2 del Texto Refundido.

d) Exclusión de las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito

A esto se refería el art. 31.1 de la Ley 26/ 1984; exclusión que recoge el art. 57.1 del Texto Refundido, en los mismos términos empleados más arriba.

Ahora bien, la exclusión de los daños corporales (lesión o intoxicación) ha sido criticada²⁴⁰ por ser contraria a la tendencia a establecer instancias arbitrales dirigidas a resolver controversias con este tipo de resultados (como sucede con el arbitraje sobre daños derivados de actuaciones sanitarias), pues, a pesar de resultar afectado el derecho a la integridad física, la controversia no tiene por objeto sus consecuencias indemnizatorias o patrimoniales.

e) Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas

Este es el tenor del art. 57.3 del Texto Refundido, que elimina la coletilla «dentro del ámbito de sus competencias» que presentaba el art. 31.3 de la Ley 26/ 1984.

²³⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 102.

²⁴⁰ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 41.

a.2. ARBITRAJE RELATIVO A LA ORDENACIÓN DEL SEGURO PRIVADO

Durante la vigencia de la Ley de 1988, «la Ley 33/ 1984, de 2 de agosto, de Ordenación del seguro privado (art.34), ofrece dos mecanismos específicos y concretos en orden a la resolución de las cuestiones litigiosas que se susciten en el ámbito del seguro. Se trata:

- a) De las llamadas “Comisiones de Conciliación”
- b) Del sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje»²⁴¹

Se trataba de una opción facultativa que daba acceso a un ambiente técnico donde resolver las divergencias que se plantean «entre terceros perjudicados o sus derechohabientes, asegurados y beneficiarios con las entidades aseguradoras, alcanzando el ámbito objetivo de conocimiento a la interpretación y cumplimiento de los contratos de seguro»²⁴².

La Comisión de Conciliación se componía de representantes de la Administración, de los asegurados y de las entidades aseguradoras, rigiéndose el procedimiento por los principios de sumariedad, audiencia y contradicción; resolviendo en equidad (según el art. 34.2 de la Ley 33/ 1984, de 2 de agosto), siendo su decisión firme y ejecutiva²⁴³.

Mientras que la posibilidad de acudir a la institución arbitral se reducía a las cuestiones litigiosas que surgieran entre aseguradores y asegurados, aseguradores entre sí y estos con los reaseguradores, extendiéndose el laudo a la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos de seguros suscritos.

Ahora bien, el arbitraje se sustanciaba conforme a las prescripciones de la disposición adicional 1ª de la Ley de 1988, «pero con la particularidad de que no será

²⁴¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 102.

²⁴² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.102.

²⁴³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 103.

necesaria la protocolización notarial del laudo y que, asimismo, la administración del arbitraje será gratuita»²⁴⁴.

En la actualidad, el arbitraje en materia de seguros se regula por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (en adelante, Texto Refundido); cuya Exposición de Motivos (II) señala la importancia de la nueva regulación del arbitraje, ya que el art 61 del Texto Refundido determina los «mecanismos de solución de conflictos».”

Así, encontramos dos mecanismos de solución de conflictos, pero con una ausencia; las Comisiones de Conciliación:

- Los jueces y tribunales competentes.
- El arbitraje que, en materia de seguros, puede regirse por:
 - a) El art. 31 de la Ley 26/ 1984, de 19 de julio y sus normas de desarrollo.
 - b) La LA cuando la legislación de protección de consumidores y usuarios no lo impida y se trate, además, de materias de libre disposición; lo que implica un razonamiento tautológico, ya que se puede disponer de un derecho cuando la Ley no lo impide o lo permite.

En cuanto al ámbito subjetivo, el art. 61. 1 del Texto Refundido (que tuvo una modificación por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) se refiere a:

«Los conflictos que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras».

Por tanto, respecto a la regulación anterior, el Texto Refundido introduce al «tomador del seguro» y el derecho que asiste a los «derechohabientes» de cualquiera de los supuestos mencionados, mientras que la Ley 33/ 1984, de 2 de agosto, solo se refería a los derechohabientes de los terceros perjudicados.

²⁴⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 102-103.

Pero esta implantación del sistema arbitral se hace respetando dos límites claros:

- El art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- El art. 24 de la LA: sustanciación del arbitraje conforme a los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

Además, con el sistema arbitral:

- Se evita el acceso a la jurisdicción ordinaria, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce en sus arts. 63 y siguientes la posibilidad de denunciar, mediante la declinatoria, la falta de jurisdicción de los Tribunales por corresponder el conocimiento de la controversia al árbitro o árbitros (a esto se refiere el art. 11 de la LA).
- Se reducen los costes para las partes, pues sustituye al procedimiento establecido en el art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, todavía vigente, para el supuesto de liquidación de siniestros, tanto de daños materiales como personales.

Cuestión distinta a todas las anteriores, pero no menos importante, supone el hasta ahora enigmático art. 76. e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, cuyo tenor es el siguiente:

El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.

La Doctrina y la Jurisprudencia²⁴⁵ no se ponían de acuerdo sobre el carácter vinculante de ese derecho; si bien la posición mayoritaria defiende la presencia del arbitraje en materia aseguradora, argumentándose como razones:

- El tenor del art. 2º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre
- El art. 1255 del CC
- El art. 2.1 de la LA, que sienta la presunción favorable a favor de la disponibilidad arbitral

²⁴⁵ MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Sentencia nº.76/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona/ El Arbitraje se abre paso en el sector de seguros*, Revista El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, marzo/abril 2012, págs. 24-25.

- El art. 61 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre,²⁴⁶ sobre ordenación del seguro privado, que dejó vía libre al convenio arbitral para resolver las divergencias relativas a la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos de seguros.
- La larga tradición de sistemas heterocompositivos no judiciales en el sector asegurador como el Tribunal Arbitral de Seguros y la amigable composición entre las entidades aseguradoras y de capitalización con sus agentes productores. Ahora bien, estos sistemas heterocompositivos no satisfacían los estándares mínimos de equivalencia jurisdiccional exigidos por el Tribunal Constitucional (SSTC 62/91, 15/89, 2112/91, 2386/95 y 174/1995).

Se observa, pues, cómo el legislador ha otorgado un reconocimiento amplio del arbitraje en el sector del seguro; así, el Reglamento de desarrollo de la Ley 30/1995, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, establece (art. 109.3) el deber que tienen las aseguradoras, que se adhieran al sistema de arbitraje, de comunicarlo a la Dirección General de Seguros.

En este sentido, encontramos la Sentencia Nº. 76/2012, de 3 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona (TOL. 2.466.339).

Esta Sentencia revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona de 14 de abril de 2010, que negó el derecho del demandante (el asegurado) a someter la controversia a arbitraje, por no constar la voluntad expresa de la aseguradora a ese respecto.

Los fundamentos para ello son los siguientes²⁴⁷:

²⁴⁶ LEY 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. BOE núm. 268 de 9.noviembre 1995. «Artículo 61. Mecanismos de solución de conflictos. 1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes. 2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normas de desarrollo de la misma. 3. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el número precedente, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley de Arbitraje». El punto 3 de este artículo ha sido modificado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de Octubre, BOE 267 de 5 de noviembre de 2004, que aprueba el Texto Refundido.

²⁴⁷ MERINO MERCHÁN, J. *Sentencia nº.76/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona / El Arbitraje se abre paso en el sector de seguros...* op. cit. pág. 27.

- 1) «El art. 76. e) establece y define un verdadero derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora. Se desprende ello del uso en el precepto del vocablo derecho, que, por definición, se tiene siempre frente a alguien en este caso frente a la otra parte contratante, es decir la aseguradora» (fundamento jurídico segundo, párrafo segundo).

- 2) «Este derecho subjetivo no puede ser desconocido por la jurisdicción. La consecuencia de ello es que el asegurado puede compeler a la aseguradora para someter a arbitraje cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro celebrado *inter partes*, como es el caso que nos ocupa, con independencia de cuál sea el fondo del asunto a enjuiciar por parte del árbitro, que no puede ser examinado en la presente resolución, en la que tan solo cabe reconocer al recurrente su derecho a esta particular *actio* mediante la que se somete a la heterocomposición de un tercero imparcial que es el árbitro» (fundamento jurídico segundo, párrafo tercero).

Sin embargo, no admite la pretensión del asegurado-recurrente para que la propia Audiencia Provincial proceda a la designación del árbitro, pues «la reciente reforma de la Ley de Arbitraje (art. 8.1 de la LA, modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo) atribuye la cuestión a los Tribunales Superiores de Justicia ante quien deberá acudir el justiciable para proceder a la designación del Árbitro» (fundamento jurídico segundo, párrafo quinto).

Por tanto, frente a las concepciones formalistas, se acoge la postura que concibe el derecho subjetivo como un derecho reconocido en una norma jurídica que habilita a su titular a un *agere licere*, para exigir la satisfacción de un interés jurídicamente protegible²⁴⁸.

²⁴⁸ MERINO MERCHÁN, J.: *Sentencia nº.76/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona/ El Arbitraje se abre paso en el sector de seguros...* op. cit. págs. 27-28.

a.3. ARBITRAJES ESPECIALES

El art. 3.1 de la LA dice que esta ley será supletoria respecto a los arbitrajes previstos en otras leyes. Existen controversias, en materias sobre las que teniendo las partes libre disposición, están llamadas a resolverse, aunque quizá no con carácter excluyente, por la vía de cualquiera de los arbitrajes especiales, que nuestro ordenamiento reconoce (consumo, propiedad industrial, propiedad intelectual, transportes, herencias, etc.)²⁴⁹.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ²⁵⁰ en estos arbitrajes especiales puede ocurrir alguna circunstancia en la que no esté tanto en juego la idea de la libre disposición, sino la de concurrencia o no de una verdadera voluntad de sometimiento a arbitraje con exclusión de la jurisdicción. A este respecto cabe mencionar aquí el auto AP Barcelona (sección 15ª) de 15-1-2009 (Repertorio La Ley 17637/2009)²⁵¹ que denegó la ejecución del laudo dictado por un árbitro, no por tratarse de una materia *indisponible* sino por entender el Tribunal que el convenio de sometimiento a arbitraje era nulo por abusivo. Es distinto el caso planteado en el auto Nº 21 de la AP Castellón (1) 22-2-2011, rollo 285/2010 (repertorio TOL.3.555.899), Ponente D. Esteban Solaz Solaz: se había recurrido el auto del Juzgado, que estimando la declinatoria de jurisdicción promovida por un banco, había declarado que las cuestiones planteadas en la demanda corresponde a los árbitros, en virtud del convenio arbitral existente inserto en un contrato de cobertura de tipo de interés Stockpyme II-Tipo Fijo suscrito el 16 de mayo de 2008 con el BBVA. La Sala entendió que no era un contrato de adhesión y no se produjo un abuso del consumidor que venía

²⁴⁹ Para un estudio más en detalle vide BONACHERA VILLEGAS, Raquel, *Los arbitrajes especiales*, Edit. Civitas, Navarra, 2010.

²⁵⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 76.

²⁵¹ El auto afirmó «la cláusula arbitral, en la medida en que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores..., es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta según el art. 10 de la ley protectora de consumidores y usuarios». Cita en apoyo el auto de la misma Sala (sección 14ª) 25-2-2004. El argumento principal no fue que la materia no era disponible sino que el convenio arbitral, que no se negoció individualmente, fue impuesto en un contrato típico de telefonía móvil, e impidió acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad. La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado reiteradamente por la tutela judicial efectiva en esta materia con los mismos argumentos citados por la Audiencia. Vide, por todas, sentencias de la SJCE 27-6-2000, 21-11-2002, en aplicación de la Directiva CEE 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993. Aplica esta jurisprudencia el auto de la AP Barcelona (sección 15ª) 2-7-2008 (repertorio La Ley 315033/2008): el juez tiene la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de un convenio arbitral e impedir que el consumidor final esté vinculado por una cláusula abusiva que, aunque siendo materia disponible, le es impuesta.

celebrando con frecuencia contratos con el referido banco e incluso se habían cambiado las condiciones en los distintos contratos. El auto de la AP Barcelona (16) de 19-12-2011, resolvió un caso similar: el mismo convenio arbitral inserto en un contrato de producto financiero comercializado por el BBVA, y llegó a la misma conclusión que la AP de Castellón, al considerar que el reclamante, la empresa Neteges i Manteniments, no ostentaba la condición de consumidor, pues perseguía sus intereses y ganancias, y, por lo tanto, no había la necesidad de la protección legal de la LGDCU, siendo el convenio arbitral válido, y su objeto admisible.

a. ARBITRAJE DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La nueva Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre (BOE núm. 294 de 8 de diciembre de 2001) que repara las lagunas de la anterior Ley 32/1988, de 10 de noviembre (BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1988, vigente hasta el 9 de diciembre de 2001), posibilita el poder acudir al procedimiento arbitral para resolver los conflictos en materia de marcas, sobre todo a partir de la STC 103/1999, de 3 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999) que «delimita las competencias que en materia de propiedad industrial corresponden a las Comunidades Autónomas y al Estado» y fue el punto de partida para la regulación del arbitraje para Marcas²⁵².

El marco de referencia es el artículo 40 de la citada Ley de Marcas que establece que el titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible.

El artículo 28 de la Ley de Marcas 17/2001, que regula la forma y características de este arbitraje especial, introduce en nuestro Derecho Español la posibilidad de «someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca». Además, el número 6 de este artículo establece dentro del valor de cosa juzgada del laudo arbitral su comunicación a la Oficina Española de Patentes y Marcas.

²⁵² Número I de la Exposición de Motivos de la Ley 17/2001.

En esta materia de marcas, el arbitraje facilita igualmente la heterocomposición y la autonomía de la voluntad de las partes junto a un reconocimiento público de la eficacia del laudo²⁵³.

La propia Exposición de la Ley de Marcas en su número IV establece:

El cuerpo normativo que ahora se aprueba también contempla la posibilidad de someter a arbitraje los actos administrativos que hubieran puesto término al procedimiento de registro.

Para que el convenio arbitral en esta materia sea eficaz, el número 3 del artículo 28 establece quiénes son las personas que pueden plantear el litigio y ser parte en el arbitraje, que son:

- a) Los titulares de los derechos anteriores que causen la denegación de la marca o sus licenciatarios exclusivos inscritos como tales.
- b) Los titulares de los derechos anteriores que sean los que formulen la oposición al registro de marca.
- c) Quienes hubieran interpuesto recurso o comparecido durante el mismo.

El artículo 28, por último, impone la obligación de comunicar el convenio arbitral suscrito por todos los interesados a la Oficina Española de Patentes y Marcas cuando finalice el procedimiento administrativo de registro de marca; igualmente impone la misma obligación de comunicar fehacientemente el laudo arbitral firme en el plazo de seis meses a la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Características:

1. Es un arbitraje privado:

Este arbitraje especial, regulado en la Ley de Marcas, es de carácter privado entre particulares que voluntariamente se someten a este procedimiento y donde no tiene cabida la Administración para obligar a las partes a someterse a él, lo que sería inconstitucional. «Este tipo de arbitraje no es el más óptimo cuando lo que se

²⁵³ Vide GLADSTONE, Alan, *“El arbitraje voluntario en los conflictos de intereses: guía práctica”*, Edit. OIT, Ginebra, 1988.

cuestione sea un interés público y ello a pesar de que el artículo 28.4 de la Ley de Marcas ofrece la oportunidad a los particulares de someter a arbitraje los actos dictados por la Oficina Española de Patentes y Marcas cuando deniegue la concesión de la marca estimando que esta ya existe o hay riesgo de confusión, que incluye el riesgo de asociación»²⁵⁴.

Por lo anterior, habría que pensar que podría darse cabida a un arbitraje voluntario no ya solo entre el conflicto de intereses entre los particulares (arbitraje entre privados) sino también, y dada la gran trascendencia del derecho de marcas en cuanto a la protección de intereses públicos, «en que cupiera la posibilidad de un arbitraje administrativo, donde la Administración pueda intervenir y velar por la protección de los intereses públicos en juego. (Así por ejemplo, por el interés de que no existan varias marcas en el mercado dentro del mismo sector con nombres muy similares que puedan desviar la atención y provocar un riesgo de confusión entre los consumidores y usuarios)»²⁵⁵.

2. Es un arbitraje restringido

Sobre las materias objeto de este arbitraje, conforme al número 2 del artículo 28 citado, están circunscritas solamente a las prohibiciones relativas a los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la Ley de Marcas, y en ningún caso «podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro».

3. Otras peculiaridades

El artículo 28 de la Ley de Marcas se remite en lo no regulado en ella a la Ley de Arbitraje; por lo tanto, todo lo estudiado en este trabajo sobre el convenio arbitral (forma, prueba, capacidad, procedimiento, etc.) es de aplicación aquí.

Lo que es nuevo en la Ley de Marcas son especificidades, referidas a las personas capacitadas para someter el conflicto a arbitraje, requisitos de forma de comunicación del

²⁵⁴ RUIZ LANCINA, María José, *El arbitraje en la Ley de Marcas: Ley 17/2001, de diciembre, de Marcas*, artículo publicado www.noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho, Mayo 2005, pág. 4.

²⁵⁵ RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas...* op. cit. 4.

convenio arbitral, procedimiento arbitral y del laudo arbitral así como de los recursos contra este y cuando haya ganado firmeza a la Oficina Española de Patentes y Marcas - OEPM (artículos 28 y 29). El convenio arbitral debe ser notificado cuando finalice el procedimiento administrativo de registro de marca y antes de que el acto administrativo sea firme (artículo 28.4).

4. Firmantes del convenio arbitral de marcas

El artículo 28 detalla quiénes pueden ser firmantes del convenio arbitral:

- a. el solicitante de la marca.
- b. los titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca.
- c. en su caso, sus licenciarios exclusivos inscritos.
- d. quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo.

Por lo tanto, el convenio arbitral solamente será válido si está suscrito por el solicitante de la marca y por alguna de las personas referidas arriba, esto es, titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca o sus licenciarios exclusivos inscritos o quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante la causa.

Se podría decir que los apartados a y b [del artículo 28] son un tanto redundantes, ya que para causar la denegación del registro de marca, el titular de ese derecho anterior tiene que formular oposición²⁵⁶.

Todas las personas mencionadas en el artículo 28.3 de la Ley de Marcas deben firmar el convenio arbitral, por lo que «el momento de la firma será posterior a que la OEPM resuelva sobre la inscripción o en su caso denegación del registro de marca y de este modo conocer fehacientemente quienes deben suscribir el convenio para que sea válido»²⁵⁷.

²⁵⁶ Vide OTERO IGLESIAS, Ana, *El arbitraje en la nueva ley de Marcas*, diario La Ley, 12 de febrero de 2003.

²⁵⁷ RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas...* op. cit., pág. 6.

5. Materias sobre las que puede tratar el arbitraje especial de marcas²⁵⁸.

El artículo 28 de la Ley de Marcas establece que se pueden someter a arbitraje las cuestiones surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca²⁵⁹.

El artículo 28.2 de la Ley de Marcas limita el arbitraje a las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b, 8 y 9 de dicha Ley. Quedan excluidas otras materias recogidas en el Capítulo III, del Título II de la Ley de Marcas, denominado «prohibiciones relativas» al registro, como son las recogidas en los artículos 6.1.a, 7.1.a y 10.

Entrando en el detalle, las prohibiciones relativas que pueden ser objeto del arbitraje son:

- A. Artículo 6.1.b) (las marcas anteriores): en aquellos procedimientos donde la causa del litigio se centre en la determinación de la identidad o semejanza con una anterior marca y porque los servicios o productos que presta sean idénticos o similares creando un riesgo de confusión al asociarlos con una marca anterior.
- B. Artículo 7.1.b) (nombres comerciales anteriores): en los procedimientos donde se determine la identidad o semejanza a un nombre comercial anterior y por la identidad o similitud de las actividades que designan los productos o servicios para los que se solicite la marca; provocando asimismo una confusión en el público.
- C. Artículo 8 (marcas y nombres comerciales notorios y renombrados registrados): en aquellos procedimientos donde se determine que una marca o nombre comercial sea idéntica o semejante con una marca o

²⁵⁸ RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas...* op. cit., pág. 6.

²⁵⁹ SAGARDUY, José Luis, *El arbitraje en la propiedad industrial e intelectual*, Diario Jurídico, 21.mayo.2012. www.diariojuridico.com. Aclara que el arbitraje solo será posible en los siguientes casos: identidad o semejanza con otra marca o nombre comercial anterior coincidiendo básicamente los productos o servicios protegidos cuando exista riesgo de confusión o asociación. Marcas y nombres comerciales notorios o renombrados registrados. Derechos anteriores sobre nombre civil, apellido, seudónimo o imagen que identifique a una persona distinta del solicitante. Signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por derecho de autor. Confusión con una razón social anterior a la solicitud de la marca. Tampoco podrán someterse a arbitraje cuestiones referidas a defectos formales o a las prohibiciones absolutas de registro contenidas en el artículo 5 de la Ley de Marcas, pues en el Derecho Español el registro de marca, al igual que el de patente, es constitutivo. Pueden someterse a arbitraje aquellos aspectos que sean susceptibles de disposición por los particulares, pero no otros en los que el Estado se reserve la potestad, justificándose por el interés público existente.

nombre comercial anterior, aun en el caso de que se solicite su registro para productos o servicios a los protegidos por esas marcas o nombres comerciales notorios y renombrados. Cuando por esa conexión se pueda deducir un injusto aprovechamiento o un descrédito de dicho carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos.

Se debe entender por marca o nombre comercial notorio aquellos nombres en los que por su volumen de ventas, duración, intensidad, alcance geográfico, prestigio, etc. sean de conocimiento y difusión general.

La protección que se concede se dispensará a otros productos, servicios o actividades diferentes, en tanto en cuanto sea más conocida la marca o nombre comercial.

Cuando la marca o nombre comercial sea tan difundida y conocida por el público, serán consideradas marcas o nombres comerciales renombrados y el alcance de protección se desplegará a todos los diferentes géneros de productos, servicios y actividades.

D. Artículo 9, (otros derechos anteriores): también cabe la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones relativas al registro de marcas en las que se determine la licitud del registro de un nombre civil o la imagen se identifique a una persona que no sea el solicitante; el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a otra persona distinta del solicitante; los signos que reproduzcan, imiten o transformen obras protegidas por un derecho de autor u otro derecho de propiedad industrial; el nombre comercial, denominación o razón social de una persona jurídica que en el tráfico económico se identifique a una persona que no sea el solicitante y pueda engañar o confundir al público (el titular de dichos signos tendrá la carga de la prueba en el uso o conocimiento notorio de los signos).

Igualmente pueden ser objeto de arbitraje los litigios surgidos a consecuencia del registro de marcas con el nombre, apellidos, seudónimo u otro signo que identifique al solicitante del registro.

El arbitraje cabe en aquellos derechos que son disponibles por las partes, y son susceptibles de arbitraje la mayoría de los contratos de Propiedad Industrial (licencias, cesiones, etc.) y es aquí, más que en materia registral, donde despliega todas sus ventajas, pues se ha mostrado eficaz para la resolución de controversias que no comprometan el orden público en el sentido jurídico del término.

En materia de Derecho de Autor no existen obstáculos para resolver mediante arbitraje las cuestiones civiles dimanantes de violaciones de la propiedad intelectual²⁶⁰.

6. Procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral no puede dar la espalda a los principios registrales de presunción de veracidad y concordancia de lo establecido en el registro con lo que marca la realidad. El arbitraje debe estar conectado con el registro de marcas, sin confundir la realidad; su fin es el establecimiento y aclaración del procedimiento registral de marcas y la resolución de los problemas que se produzcan.

La ley de Marcas en su disposición adicional primera establece que son aplicables, en cuanto a jurisdicción y normas procesales, las reglas del título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (BOE de 26 de marzo), «derivándose así la compatibilidad entre el arbitraje y el título XIII mencionado, pues la Ley de Marcas contempla el arbitraje»²⁶¹.

²⁶⁰ Los artículos 138 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 de abril de 1996), modificado por Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE número 162 de 8 de julio de 2006) y Ley 21/2014 de 4 de noviembre (BOE 268 de 5 de noviembre), regulan los derechos que se pueden ejercitar, que son de libre disposición y por tanto compatibles con el arbitraje. El Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 81 de 21.02.2014 recogía el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, que no reformaba este artículo en este aspecto.

Además, en relación con las Entidades Gestoras de Derecho de Autor, la Ley de Propiedad Intelectual establece en su artículo 158.3, que corresponde a la Sección Primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual las funciones de mediación y arbitraje, dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre estas y las asociaciones de usuarios de su repertorio. El sometimiento de las partes a la Comisión es voluntario y deberá constar por escrito. Se permite también la fijación de cantidades sustitutorias a la tarifas generales de las entidades, siendo la decisión de la Comisión vinculante y con carácter ejecutivo, regulado con detalle en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual (BOE número 315 de 31 de diciembre de 2011). Vide SAGARDUY, José Luis, *El arbitraje en la propiedad industrial e intelectual*, Diario Jurídico, 21.mayo.2012. www.diariojuridico.com, pág. 1.

Igualmente entiendo que es susceptible de arbitraje el derecho de participación en beneficio del autor de una obra original en el precio de reventa, a que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, BOE núm. 310, de 25.diciembre.2008 —que adapta la legislación española a la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001—, con las limitaciones de precio y de tiempo a que se refieren los artículos 4, 5 y 12 de esta ley.

²⁶¹ SAGARDUY, José Luis, *El arbitraje en la propiedad industrial e intelectual*, Diario Jurídico, 21.mayo.2012. www.diariojuridico.com, pág. 1.

7. Constitución del colegio arbitral

Al no prescribir nada especial la Ley de Marcas se aplica supletoriamente la Ley de Arbitraje 60/2003.

En cuanto a si el arbitraje sobre marcas debe ser de Derecho o de Equidad a falta de pacto entre las partes, al haber declarado la preferencia por el arbitraje de Derecho la vigente Ley de Arbitraje 60/2003 (invirtiendo la regla que tenía la derogada ley de arbitraje 36/1988 a favor del arbitraje de equidad), prevalece el arbitraje de Derecho y los árbitros juristas en ejercicio y entendidos de la materia, a falta de acuerdo entre las partes. Por otra parte, «dada la especificidad tan marcada de la Ley de Marcas, parece poco posible el establecimiento de un arbitraje de equidad [...] de las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b, 7.1.b, 8 y 9 de la Ley de Marcas, lo que lleva implícito un conocimiento específico de esta área del Derecho»²⁶².

En cuanto al número de árbitros se aplica el artículo 12 de la Ley de Arbitraje, esto es, debe ser impar para adoptar los acuerdos por mayoría, salvo elección de una institución arbitral. Pero todo esto debería estar recogido preferiblemente en el convenio arbitral.

Igualmente, en el Convenio arbitral, una vez resuelto el procedimiento de inscripción o denegación del registro de marca, se agilizará el trámite de delimitación del objeto del arbitraje sobre las prohibiciones relativas de los artículos 6.1.b, 7.1.b, 8 y 9 de la Ley de Marcas.

Se aplica aquí al convenio arbitral todo lo referido a la forma escrita ya estudiado.

Sobre el procedimiento arbitral se aplican todos los principios generales y específicos de esta institución, como son los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, preclusividad de los plazos, aportación de pruebas.

Igualmente se aplica aquí lo estudiado sobre el lugar del arbitraje, el carácter nacional o internacional, comunicaciones electrónicas, medidas cautelares y auxilio de los juzgados.

²⁶² RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas*,... op. cit., pág. 8.

8. El convenio arbitral

Nada específico trae la Ley de Marcas salvo la necesidad de suscribir el convenio arbitral para su validez (artículo 28.3) por parte del solicitante de la marca y por:

- a. Los titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca y, en su caso, sus licenciatarios exclusivos inscritos.
- b. Los titulares de los derechos anteriores que hubieren formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, sus licenciatarios exclusivos inscritos.
- c. Por quienes hubieren interpuesto recurso o hubieren comparecido durante el mismo.

A primera vista podría parecer que los apartados a) y b) anteriores son repetitivos porque puede pensarse que siempre el titular de la marca tiene que haber formulado oposición para que un derecho anterior cause la denegación de un registro de marcas. Pero realmente no es así, pues no se exige en este punto que el titular del derecho anterior formule oposición para que cause la denegación del registro de una marca. Se trata del caso del artículo 9.1 de la Ley de Marcas, relacionado con el artículo 20.1 en el que se dispone el examen de oficio de la OEPM; para este caso se diferencian los apartados a) y b) y no son repetitivos.

Cuando la ley de marcas establece que el convenio arbitral debe estar suscrito por todas estas partes citadas, nos lleva a intuir que seguramente se firme después de que la OEPM resuelva sobre la inscripción o denegación del registro de marca, porque solo en ese momento puede saberse con seguridad quienes tendrán que firmarlo y por tanto dotarlo de validez²⁶³.

El artículo 28.4 de la Ley de Marcas establece que el convenio debe ser notificado a la OEPM por todos los interesados y, en un momento determinado, como lo es cuando finalice el procedimiento administrativo de marca y antes de que gane firmeza el acto administrativo que le haya dado fin. La razón de ser de esta notificación y su obligatoriedad es la repercusión de estos actos en un registro público como lo es en el Registro de Marcas, pues por el principio de seguridad jurídica no pueden someterse a

²⁶³ RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas...* op. cit., pág. 10.

arbitraje cuestiones ya resueltas por un acto administrativo firme. Igualmente, establece que no cabe recurso administrativo contra lo resuelto por un arbitraje (artículo 28.5 de la Ley de Marcas). Igualmente establece este artículo 28.4 que esta obligación de notificar el convenio arbitral a la OEPM se impone a todos los interesados.

Si el convenio arbitral se firma por los interesados, una vez que la OEPM ha resuelto sobre la inscripción o denegación del registro de marca, ello hará más fácil y sencillo determinar las condiciones para que el arbitraje funcione correctamente, elegir el árbitro o árbitros o una institución arbitral, elegir el objeto del arbitraje (sabiendo que el objeto estará restringido a alguna de las prohibiciones relativas recogidas en los artículos 6.1 b, 7.1 b, 8 y 9) de la ley de Marcas), detalles sobre el procedimiento arbitral, etc. Lo no previsto en estos extremos por las partes en el convenio arbitral podrá ser matizado mediante acuerdos complementarios²⁶⁴. El convenio debe constar por escrito y recoger la voluntad de someterse a arbitraje; sobre este extremo nos remitimos a lo estudiado con carácter general para el convenio arbitral en este trabajo.

9. Efectos del convenio arbitral

Como preceptúa el artículo 28.5 de la Ley de Marcas, cuando se ha suscrito por los firmantes el convenio arbitral y este ha sido comunicado a la OEPM ya no cabe la posibilidad de interponer recurso ordinario y de interponerse este se declarará inadmisibile; y si se hubiere interpuesto recurso antes de haberse suscrito el convenio arbitral, el recurso se tendrá por desistido.

Para RUIZ LANCINA «este procedimiento, [...] en ningún caso debe entenderse como sustitutivo de la jurisdicción civil ni de la actividad jurisdiccional contencioso-administrativa, en todo caso puede entenderse como sustitutiva de la actividad administrativa de recurso ordinario pero nunca de la actividad jurisdiccional»²⁶⁵.

En este sentido, hay que destacar que, en la primera redacción del artículo 28.4 de esta Ley de Marcas, se entendía de forma más clara que el procedimiento del arbitraje de la Ley de Marcas no era sustitutivo de la actividad jurisdiccional pues en el mismo se establecía que una vez resuelto el recurso contencioso-administrativo de carácter ordinario

²⁶⁴ Vide BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Director), GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio y Colaboradores, *Comentarios a la Ley de Marcas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 445-450, capítulo comentando el art. 28 sobre Arbitraje de la Ley de Marcas.

²⁶⁵ RUIZ LANCINA, M., *El arbitraje en la Ley de Marcas...* op. cit., pág. 11.

que concede o deniega el registro, quedaba expedita la vía contencioso-administrativa, sin que pudiera hacerse valer la firma del convenio arbitral. Pero la nueva redacción de este precepto, operada por el número 1 de la Disposición Adicional sexta de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE 8 de julio) establece lo contrario, esto es, la prevalencia del convenio arbitral.

En cualquier caso, el laudo arbitral firme que se comunice a la OEPM produce la excepción de cosa juzgada y las partes no podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

10. El laudo arbitral: efectos

La redacción original del artículo 28.7 de la Ley de Marcas establecía un plazo de seis meses para comunicar el laudo arbitral a la OEPM; sin embargo, dicho plazo ha desaparecido en virtud de la reforma operada por el número 2 de la Disposición Adicional sexta de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE 8 de julio).

Los efectos del laudo arbitral son los mismos de la cosa juzgada. La decisión arbitral sobre la concesión o denegación de la marca es firme y las partes no pueden acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Contra el mismo solo cabe ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firme (vide artículo 28.6 de la Ley de Marcas y artículo 43 de la LA).

Como nota característica de este arbitraje lo es que el laudo arbitral tiene que ser fehacientemente comunicado a la Oficina Española de Patentes y Marcas, pues precisamente es el órgano encargado de ejecutar el laudo arbitral, y será esta oficina la que lleve en el expediente de la marca registrada el laudo arbitral recaído (vide artículo 28.6 de la Ley de Marcas).

11. Conclusiones

Este arbitraje especial tiene la ventaja de ser, como el arbitraje en general, un mecanismo rápido de solución de conflictos; pero en este caso precisamente el poder contar con árbitros especializados en el Derecho de Marcas, que sabrán dictaminar en derecho y de acuerdo al marco comercial y económico de la sociedad.

Como la regulación de la Ley de Marcas es muy exigua, cabe deducir que respecto al convenio arbitral, como al resto del arbitraje, será de aplicación supletoria la ley 60/2003 de Arbitraje, como establece su artículo 1.3.

b. ARBITRAJE EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES. TRANSPORTE TERRESTRE Y AÉREO. AGENCIAS DE VIAJE

Las Juntas Arbitrales de Transporte, creadas en las Comunidades Autónomas, están reguladas por los artículos 37 y 38 de Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres²⁶⁶, que se encargan de resolver las reclamaciones de carácter mercantil, relacionadas con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre (carretera, ferrocarril y cable) y de actividades auxiliares y complementarias del transporte, transportes urbanos (autobús, taxi, tranvía...), interurbanos (autocar, taxi, ferrocarril...) de mercancías (de carga, reparto...), de viajeros (regular, discrecional, turístico, alquiler de vehículos...).

Si la reclamación es inferior a 15.000€ y ninguno de los contratantes ha manifestado expresamente su voluntad de excluir a la Junta Arbitral antes de iniciarse el servicio contratado, las Juntas Arbitrales son las únicas competentes para resolver estas reclamaciones. Si la reclamación es por una cuantía superior a 15.000 €²⁶⁷ se requiere el consentimiento expreso de las partes a este sistema arbitral. Muchos formularios de la carta de porte CMR incluyen la leyenda de sometimiento a una determinada Junta Arbitral

²⁶⁶ BOE 31 de Julio de 1987. Modificada por Ley 29/2003, de 8 de Octubre sobre la mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera.

²⁶⁷ Cuantía actualizada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

de Transporte, del lugar de origen del transporte, del destino o del domicilio del transportista.

Se han constituido Juntas Arbitrales de Transporte en todas las comunidades autónomas de España y en algunas provincias. Es un procedimiento sencillo de un simple escrito de reclamación y de vista oral, sin formalismo, gratuito y rápido.²⁶⁸

En cuanto a las agencias de viajes: los artículos 16 a 21 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las Agencias de Viajes, regulaban las Comisiones Arbitrales de Agencias de Viajes, pero esta orden fue derogada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero (BOE 4 de febrero), pasando al régimen general de las Juntas Arbitrales.

En cuanto al transporte aéreo de mercancías, el artículo 34 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional aprobado en Montreal en el año 1999²⁶⁹, permite el arbitraje en materia de transporte aéreo. Su antecedente es el artículo 32 de la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, aprobado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, que admite la sumisión a arbitraje dentro del ámbito del convenio para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil, pero solo para el transporte de mercancías, proscribiendo el arbitraje en el transporte de personas y equipajes.

La arbitrabilidad de las controversias planteadas al amparo del Convenio de Montreal de 1999 es limitada, circunscrita al transporte de mercancías y con unos requisitos diferentes a la LA.

Conforme al artículo 3.1.c) de la LA en relación al artículo 1 del Convenio de Montreal, estamos en presencia de un arbitraje internacional en el caso del transporte aéreo internacional, por tratarse de una controversia que afecta a intereses del comercio internacional, por tratarse de flujo entre estados²⁷⁰; al ser un arbitraje internacional tiene sus consecuencias en la forma y contenido del convenio arbitral.

²⁶⁸ El procedimiento y la formación de estas Juntas Arbitrales de Transporte se regula en los artículos 6 a 12 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE 8 de Octubre de 1990.

²⁶⁹ Instrumento de ratificación en BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2004.

²⁷⁰ Para un estudio más a fondo vide FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan, En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, págs.. 823 y ss.; en concreto lo referido aquí sobre el arbitraje de Transporte es el capítulo que comenta el art. 3 de la LA en la página 731. También del mismo autor *El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 258, Octubre-diciembre 2005, Madrid.

Sobre el arbitraje referido al transporte internacional de pasajeros y equipajes no existe claridad en la doctrina sobre el alcance del artículo 34 del Convenio de Montreal, aunque de la literalidad del mismo parece que se deduce que solo cabe el arbitraje para el transporte aéreo de mercancías, siendo nulos los pactos que varíen las reglas de competencia, según reza el artículo 49 del Convenio.

Para un sector doctrinal el artículo 32 del Convenio de Varsovia de 1929 solo permite el arbitraje en materia de transporte aéreo de mercancías, siendo nulas las cláusulas que lo contemplen para pasajeros y equipajes.

Otro sector doctrinal opina que el artículo 34 del Convenio de Montreal no prohíbe expresamente el arbitraje para pasajeros y equipajes, y a mayor abundamiento el artículo 49 prohíbe los pactos de competencia antes de producirse el hecho dañoso, no después de producido el daño. Además, esta fue la primera redacción de este artículo, donde se quería que fuese cada legislación interna del país la que decidiese lo propio, en nuestro caso la LA²⁷¹. Pero es una interpretación muy forzada. Se suma a ello que el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre (al igual que su antecesor, el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), considera nulos los convenios arbitrales que no se sometan al arbitraje de consumo, salvo que la sumisión al arbitraje sea después de surgida la controversia²⁷².

El convenio arbitral en materia de transporte aéreo internacional de mercancías se suele plasmar en un contrato de adhesión, que suelen ser las llamadas cartas de porte aéreo.

²⁷¹ FOLCHI, Mario, *Transporte Aéreo Internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional*. Montreal 1999, Ed. Alda, Buenos Aires, 2002, pág. 340.

²⁷² El apartado II de la Exposición de Motivos del Texto Refundido ya anunciaba que «Conforme a la regulación adoptada, los pactos de sumisión al arbitraje se conducen al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquel en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor».

El artículo 34.1 del Convenio de Montreal de 1999 exige que el convenio arbitral sea por escrito, pero el artículo 9 de la LA permitiría que no fuese así, bastaría un intercambio de carta.

En cuanto al lugar de celebración del arbitraje, el artículo 34.2 del Convenio de Montreal exige que se fije en algún lugar de alguno de los Estados contratantes, conforme a las reglas de su artículo 33; esto es más restrictivo que nuestro artículo 26 de la LA que es flexible sobre la determinación del lugar. El lugar determinará la ley aplicable, y no se podrá pactar tan ampliamente en el convenio arbitral.

Además el artículo 34.3 del Convenio de Montreal obliga a los árbitros a aplicar las cláusulas del referido Convenio. Lo anterior lleva a algunos autores a entender que no cabe en el transporte aéreo el arbitraje de equidad²⁷³. Además, si un convenio arbitral no sigue las reglas de la Convención de Montreal de 1999, supone la nulidad del mismo y deja abierta la vía judicial²⁷⁴.

Finalmente, nos preguntamos con la doctrina ¿el convenio arbitral de transporte aéreo podría extenderse a terceros no firmantes? En concreto, se trataría de dilucidar si un convenio arbitral, contenido en una carta de porte aéreo, pactado entre el expedidor y el transportista, sería oponible al destinatario de las mercancías, así como a las compañías aseguradoras del expedidor y del transportista.

Por lo que respecta a la compañía aseguradora, el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro establece que la aseguradora se subroga en la posición contractual del asegurado²⁷⁵. Y en lo referido al destinatario no está muy claro si sería oponible al destinatario el convenio arbitral ya que las cartas de porte aéreo no son título valor (a diferencia de los títulos de embarque marítimo) y por ello no contienen ese derecho; pero el tema es discutible²⁷⁶.

²⁷³ GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTAZAR, Elena y LÓPEZ-QUIROGA, Julio. *La resolución arbitral de conflictos en el contrato de transporte aéreo regulado en el Convenio de Montreal de 1999*. Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial. Diciembre, 2009. pág. 59.

²⁷⁴ Para un estudio más exhaustivo vide DE PAZ MARTÍN, Jesús, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Ed. Marcial Pons, 2006.

²⁷⁵ Vide STS 6 de febrero de 2003 (R.A. 850).

²⁷⁶ GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTAZAR, E. y LÓPEZ-QUIROGA, J. *La resolución arbitral de conflictos en el contrato de transporte aéreo...* op. cit. pág. 60.

c. ARBITRAJE DEPORTIVO

El arbitraje deportivo forma parte del arbitraje en general, pero tiene unas reglas especiales. La dimensión del fenómeno del deporte, su pujanza, su fuerza social, económica y política hacen que un sector doctrinal llame al Derecho Deportivo:

El «Complejo de isla»: Lo deportivo, dadas sus particularidades, es merecedor de un tratamiento específico y singular, que hasta le puede llevar a separarse de lo que impone su inserción en el ordenamiento jurídico general²⁷⁷.

Esta especialidad, que aunque no se desgaja del tronco común del ordenamiento jurídico, afecta al Derecho Deportivo y al arbitraje deportivo en concreto²⁷⁸.

Podemos señalar las siguientes características del arbitraje deportivo.

1. Aunque el arbitraje deportivo no tiene entidad autónoma, es una especialidad dentro del arbitraje general.
2. Pero el deporte ha experimentado una globalización inmensa; las competiciones deportivas rompen las barreras nacionales para convertirse en un fenómeno internacional. La consecuencia en nuestro caso es que el arbitraje deportivo es un campo al que se le aplica la normativa supraestatal de forma muy clara.²⁷⁹
3. La práctica deportiva requiere rapidez en la resolución de sus conflictos debido a: «el desarrollo propio de los acontecimientos deportivos, la corta vida profesional de los deportistas y lo apremiante de los intereses económicos y sociales»²⁸⁰. El arbitraje es quizá un mecanismo ideal para la resolución de controversias deportivas.²⁸¹

²⁷⁷ CAZORLA PRIETO, Luis María, *El arbitraje deportivo*, Revista jurídica de Castilla y León, Arbitraje y Mediación, núm. 29, enero 2013, pág. 3

²⁷⁸ CAZORLA PRIETO, L. *El arbitraje deportivo...* op. cit. pág. 3.

²⁷⁹ TEROL GÓMEZ, Ramón «El arbitraje privado en el deporte institucionalizado», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 4.266, escribe:

Otro importante condicionante es la cada vez mayor internacionalización del deporte, al igual que la propia economía, puesto que tanto las competiciones como las poderosas entidades que las organizan han sobrepasado con creces los límites de los Estados. El trasiego de deportistas y entrenadores de unos Estados a otros y los litigios que en las soluciones de los conflictos que son ciertamente incompatibles con el recurso a las limitadas jurisdicciones nacionales. Habrá que trasladar aquí, por tanto, todas las bondades que se predicán del arbitraje comercial internacional, que actualmente se encuentra en un considerable, y lógico, auge.

²⁸⁰ CAZORLA PRIETO, L. *El arbitraje deportivo...* op. cit. pág. 4.

²⁸¹ TEROL GÓMEZ, R. *El arbitraje privado en el deporte institucionalizado...* op. cit. pág. 4267 dice:

Como decimos la propia dinámica del deporte institucionalizado exige soluciones rápidas y eficaces a los conflictos entre los sujetos intervinientes –ligas, clubes, deportistas, entrenadores, intermediarios, etc.- que puedan plantearse. Y más si cabe cuando se trata de deporte profesional, ya que los señalados conflictos tienen una trascendencia indudable para el negocio que es hoy ese tipo de deporte. No cabe duda que los problemas que

4. en el arbitraje deportivo confluyen todos los campos del ordenamiento jurídico.
5. el arbitraje deportivo requiere de profesionales especialistas, esto es, conocedores profundos del Derecho y del deporte²⁸².
6. El arbitraje deportivo debe ser voluntario. Aunque muchas entidades deportivas incluyan obligatoriamente el arbitraje en sus estatutos, para un sector doctrinal y en general para los jueces, esta imposición conlleva la nulidad del acuerdo arbitral²⁸³. En cualquier caso la sumisión a un convenio arbitral de forma genérica y abstracta, pero voluntaria, y la formación de árbitros especialistas e independientes, favorecen el arbitraje deportivo.

El arbitraje deportivo es un arbitraje especial dentro del arbitraje general. Lo definimos con GARCÍA SILVERO como:

Es el método privado de resolución de disputas generadas en relación con la práctica o desarrollo del deporte o con los intereses económicos y de cualquier otro tipo que surjan en relación con la actividad deportiva en sus múltiples facetas (competitiva, recreativa, etc.). Mediante dicho sistema de arbitraje, las partes interesadas someten voluntariamente a un

puedan derivarse del traspaso de un jugador de un club a otro, un conflicto sobre la retransmisión de encuentros o la publicidad que los deportistas han de lucir en su camisetas, son cuestiones de claro contenido económico que afectan al desarrollo de las competiciones.

Una excesiva judicialización de los conflictos, precisamente por la ya contrastada tardanza de los Tribunales para resolver, puede ser incompatible con el funcionamiento de la actividad mercantil que hoy constituye el deporte profesional: la inmediatez de los encuentros a disputar y las cortas carreras de los deportistas profesionales son condicionantes a tener muy en cuenta.

Solucionar estas disputas, además de rápidamente, con garantías suficientes para el público, que es quien sostiene el negocio del deporte profesional, siga confiando en que los eventos deportivos se desarrollan en condiciones de normalidad, se convierte en un problema de importancia capital. Internalizar el conflicto, sin fisuras y sin dar paso (en primer término y salvo por causas tasadas) a instancias externas, contribuye decisivamente a ello.

²⁸² A este respecto dice MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas profesionales y sus clubes y los de éstos entre sí*, Revista La Ley, núm. 4, 1994, págs.. 4 y 5:

La específica problemática que se presenta en las relaciones entre clubes y deportistas profesionales lleva a considerar al arbitraje como fórmula idónea para solventar las posibles diferencias contractuales que puedan originarse entre unos y otros con las ventajas propias de la institución (discreción y confidencialidad, especialidad de los árbitros designados, reducido coste económico, rapidez en la emisión del laudo (en el término máximo de seis meses)), con apartamiento de la jurisdicción del conocimiento de la controversia (excepción de litispendencia arbitral).

²⁸³ BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, *la tutela judicial deportiva efectiva. Ayuno y abstención. La conciliación extrajudicial de los litigios deportivos como remedio no exclusivo*, Diario La Ley, 1997, pág. 12:

En realidad creo que son exageradas las críticas de algunos autores que creen que lo que se pretende es acallar cualquier tipo de contestación o disidencia, como si el sector deportivo fuese una suerte de organización semi-secreta ajena a las normas jurídicas; en realidad lo que se pretende es la rapidez y certeza –quizá se peque de desconfianza hacia la tardanza y poca especialización en lo deportivo-. Imaginemos las complejas reglas o baremos de puntuación que utilizan los jueces en gimnasia y aparatos, y que deben ser tomadas en segundos; así sucede también en el fútbol, aunque después se cuente con medios sofisticados para apreciar el error del árbitro... No obstante, estos principios, por muy loables que sean, no pueden impedir el acceso a la justicia, salvo en el caso de que estemos hablando de normas técnicas, entre otras razones porque en el deporte profesional existen muchos intereses económicos que deben tener en caso de conflicto su respuesta jurídica.

tercero (árbitro) para que este resuelva dicho litigio constituyéndose en una alternativa procesal basada en la voluntad libremente expresada de las partes²⁸⁴.

El artículo 1 de la LA, en sus apartados 1 y 3, establece que nuestra LA es compatible con los arbitrajes especiales o con otras regulaciones especiales. La LA, por lo tanto, es supletoria de la legislación especial del arbitraje deportivo que se encuentra en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE 17 de octubre de 1990). Empero debemos matizar que el arbitraje deportivo internacional está imbuido de normas internacionales que le afectan.

El artículo 87 de la citada Ley del Deporte establece que «las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia».

La materia anterior se concretó mediante el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas (BOE 30 de diciembre de 1991), en sus artículos 34 a 39.

Su artículo 34 declara que se puede arbitrar «cualquier diferencia o cuestión litigiosa [...] que sea objeto de libre disposición de las partes».

Establece el artículo 35 del referido Real Decreto las materias que expresamente no pueden ser objeto de arbitraje:

- a. Las que se susciten en las relaciones con el Consejo Superior de Deportes.
- b. Las que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva.
- c. Las relativas a las subvenciones que otorgue el Consejo Superior de Deportes y con fondos públicos.
- d. Las referidas al artículo 2 de la derogada ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, esto es, los arbitrajes laborales, por analogía con el artículo 1 de nuestra vigente LA.

²⁸⁴ GARCÍA SILVERO, Emilio A. *Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo, FAQs y Código de Arbitraje*, Revista Jurídica del Deporte, núm. 14, 2005.

Aunque parece obvio, indiquemos que estamos hablando del arbitraje como medio de resolución de conflictos jurídicos, desarrollado por árbitros en el arbitraje deportivo, y no de los árbitros deportivos o jueces de práctica deportiva o del desarrollo del deporte per se²⁸⁵.

Por lo arriba explicado, las características del deporte hacen necesario un arbitraje deportivo especializado y con características propias. Entre ellos el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, que depende del Comité Olímpico Español (*vide* www.coe.es) y sobre materias relacionadas con el deporte y la educación física, incluyendo patrocinio deportivo y medios de comunicación; conflictos entre federaciones nacionales y territoriales, entre federados y entidades deportivas, conflictos con proveedores, cuestiones de responsabilidad civil como el mal estado de las instalaciones deportivas, daños económicos a terceros, seguros, etc.

El artículo 3 de los Estatutos del Arbitraje Deportivo del Comité Olímpico Español, amparándose en el artículo 14 de la LA sobre el arbitraje institucional, regula el convenio arbitral, y dispone:

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, las personas naturales o jurídicas que deseen someter a arbitraje una cuestión litigiosa en materia deportiva, podrán encomendar, mediante convenio, la administración de dicho arbitraje y la designación de árbitros al órgano de arbitraje deportivo del Comité Olímpico Español, conforme a estos Estatutos y a su Reglamento de Procedimiento.
2. El Comité Olímpico Español a través de su órgano de arbitraje determinará, desde la aceptación de la encomienda de las partes, la administración del arbitraje.
3. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado, y faculta a las mismas a invocar como excepción dicho convenio ante los Jueces y Tribunales que pretendan conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.
4. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someter a la decisión de los árbitros designados, conforme a estos Estatutos y sus Reglamentos, unas cuestiones litigiosas determinadas o todas las derivadas de una relación jurídica concreta.

²⁸⁵ Vide CARRETERO LESTON, José Luis, *Los jueces y árbitros en el ordenamiento jurídico andaluz*, Anuario Andaluz de Derecho Deportivo, núm. III, Edit. Signatura-Asociación Andaluza de Derecho Deportivo, Sevilla, 2003, pág. 43, define el árbitro deportivo como «la persona que cuida de la aplicación del reglamento deportivo o la que tiene por misión dirigir los encuentros deportivos». Para un estudio más a fondo sobre los árbitros deportivos vide RODRÍGUEZ TEN, Javier, *Régimen Jurídico del Arbitraje Deportivo*, Edit. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 37 que contiene una definición del árbitro deportivo.

5. El convenio arbitral podrá formalizarse por escrito, como cláusula incorporada a otro contrato principal o por acuerdo independiente del mismo, y presentarlo al órgano de arbitraje en la forma determinada reglamentariamente para requerir el arbitraje. Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito, no solo cuando conste en un documento, sino cuando se desprenda de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje deportivo previsto en estos Estatutos.

La nulidad del contrato principal, al que figure incorporado el convenio arbitral, no conllevará necesariamente la nulidad de este último.

Como se comprueba, este artículo es copia literal de la redacción de los artículos del Título II de la LA «Del convenio arbitral y sus efectos».

Existen Tribunales autonómicos de arbitraje deportivo, como El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo (*euskalkirolacom* y *www.cortevascadearbitraje.com*)²⁸⁶ y el Tribunal Arbitral del Deporte Canario²⁸⁷.

En el ámbito internacional existe el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS, Tribunal Arbitral du Sport) con sede en Lausana, Suiza, que tiene unas reglas propias para el arbitraje deportivo internacional (vide *www.tas-cas.org*)²⁸⁸.

La conclusión es que en el campo del arbitraje deportivo el éxito de la buena resolución de las controversias está en «que se canalice a través de órganos especializados nutridos de juristas independientes, que resuelvan con rapidez y sin enmarañamientos procedimentales las controversias jurídico-deportivas que se les sometan»²⁸⁹.

²⁸⁶ Vide Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje

²⁸⁷ Decreto 6/2011, de 20 de enero, que regula el Tribunal Arbitral del Deporte Canario, conforme al Título VI de la Ley 8/1987, de 9 de julio, Canaria del Deporte.

²⁸⁸ Sobre el TAS y la resolución de controversias jurídicas deportivas de carácter internacional vide TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ, *La justicia deportiva internacional: El Tribunal Arbitral del Deporte*, Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento, núm. 27, 2009, págs. 17 y ss. ; LARUMBE BEAN, Kepa, *El procedimiento arbitral ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS). Marco Teórico. El procedimiento ordinario*, Revista Jurídica del Deporte, núm. 18, 2006; CRESPO PÉREZ, Juan de Dios, *La resolución de conflictos mediante el arbitraje en el deporte*, Revista General de Derecho, núm. 654, marzo 1999, págs. 1771-1784.

²⁸⁹ CAZORLA PRIETO, L. *El arbitraje deportivo...* op. cit. pág. 9.

d. ARBITRAJE TESTAMENTARIO

1. Introducción

El arbitraje testamentario, regulado en el art. 10 LA, dispone que también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Sus antecedentes normativos son:

- a) El art. 5 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 que establecía:

El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia.

- b) El art. 7 de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre de 1988, que establecía:

Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

BERROCAL LANZAROT²⁹⁰ compara ambos artículos y dice:

El art. 7 diverge del precedente art. 5 en que:

- a. Se amplía la delimitación subjetiva a los legatarios.
- b. Asimismo, se amplía el ámbito objetivo de aplicación a la administración de la herencia. Con ello se extienden las funciones del árbitro testamentario no solo a los conflictos surgidos entre herederos no forzosos, sino también entre estos y los legatarios, o entre estos entre sí, y sobre cuestiones no solo relativas a la distribución de la herencia, sino también a la administración de la misma.
- c. Se sustituye la mención de la institución con cláusula en una «disposición testamentaria» por la «sola voluntad del testador».
- d. Se califica de excepcional el arbitraje testamentario.

Igualmente, el art. 10, en comparación con el art. 7, ofrece diversas modificaciones así:

²⁹⁰ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Comentarios a la ley de arbitraje*, art. 10, La Ley, Madrid, 2013, pág. 259.

- a. Se sustituye la referencia del carácter excepcional, por su normalidad como un tipo más de arbitraje al utilizar el término «también» con el que inicia su regulación²⁹¹;
- b. Asimismo, de nuevo la referencia por la sola voluntad del testador se sustituye por la previsión (que inicialmente se contenía en el art. 5), «Por disposición testamentaria»; y
- c. Se denomina por primera vez de forma específica a la institución como «Arbitraje testamentario»²⁹². Aunque se recuperan algunos de los elementos de la regulación de la Ley del 53, el art. 10 se muestra más cercano a la regulación contenida en su precedente más inmediato, como es el citado art. 7.

Al arbitraje testamentario le resulta aplicable además de la LA 60/2003, de 23 de diciembre, como disposición testamentaria, la normativa sucesoria contenida en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas con competencia legislativa en la materia²⁹³. Así, junto al arbitraje común de mutuo acuerdo, básico de la LA 60/2003, se sitúa este arbitraje testamentario que tiene una especial configuración jurídica debida a su doble naturaleza jurídica, al ser institución arbitral y sucesoria. Un solo artículo y ninguna mención a la Exposición de Motivos, es lo que le dedica la LA. Veamos su ámbito de aplicación y régimen jurídico.

VERDERA SERVER²⁹⁴ define el arbitraje testamentario como «el negocio constitutivo del arbitraje testamentario con aquella disposición testamentaria en la que se expresa la voluntad del testador de someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios

²⁹¹ YÁNEZ VIVERO, María, «Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez (Josefina Alventosa y Rosa Moliner coordinadoras)*, Vol. II. Universitat de Valencia, 2008, págs. 1302-1303. Opina esta autora que aunque se suprima el adverbio «excepcionalmente» se trata de un arbitraje atípico dentro de la regulación del arbitraje.

²⁹² VERDERA SERVER, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (coordinadora Silvia Barona Vilar)*, 2ª edición, Edit. Civitas, Navarra, 2011, pág. 520.

²⁹³ V. Gr. dice el art. 464-7 del Código Civil catalán relativo a la Partición arbitral o judicial que:

1. El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto. Los herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas.
2. Si los herederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial.

Para YÁNEZ VIVERO, M., en *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario*, op. cit., pág. 1302, aunque referido al antiguo art. 58 del Código de Sucesiones catalán, señala que el artículo no es un auténtico arbitraje testamentario regulado por tal Código de Sucesiones, sino una mera partición realizada por un árbitro que no se constituye, pues, como un verdadero dirimente de la controversia que no ha surgido o pueda surgir. Opina que es inconstitucional esta ley autonómica pues no es un genuino arbitraje.

²⁹⁴ VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje*, op. cit., pág. 522.

por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia». Asimismo, para YÁNEZ VIVERO nos encontramos ante un negocio jurídico creador de una situación jurídica de carácter procesal²⁹⁵.

Hay una libertad para disponer de la herencia por parte del causante con los límites de la legítima; y es admisible que el causante disponga «imponer» la solución de posibles futuras controversias mediante un arbitraje, sin necesidad de que tengan que acudir a los tribunales. Esta «imposición» del causante a algunos sucesores de su sometimiento al arbitraje testamentario ha planteado (no sin razón, en mi opinión) ciertas dudas en orden a su compatibilidad con la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE; pero en contra de esta visión no olvidemos la libertad de la que gozan los sucesores para aceptar o rechazar las atribuciones hereditarias, entre las que se encontraría, como una cláusula testamentaria más, el arbitraje testamentario, y, además, no olvidemos tampoco que el laudo arbitral es susceptible de ser anulado ante los tribunales, protegiendo los derechos de las partes en el ámbito sucesorio, alegando como motivo que sea contrario al «orden público», más en concreto al «orden público sucesorio» según el art. 41.1 letra f).

Como curiosidad del entramado de este arbitraje testamentario, y frente a la sencillez del arbitraje común de la LA, hay que decir que en el mismo se pueden sumar sujetos dispares, pues quien instituye este arbitraje es el causante (que no intervendrá en su desarrollo) y quienes se van a ver afectados por la decisión del árbitro (herederos no forzosos o legatarios) son personas distintas al causante que lo ha instituido; los cuales pueden coexistir con otros sucesores (herederos forzosos) que no se verán afectados por el arbitraje; y que en el fenómeno sucesorio pueden intervenir personas, que no tienen la condición de sucesores, como el contador-partidor o el albacea. Esa doble funcionalidad del arbitraje testamentario hace que la regulación de la herencia le afecte; la doctrina se expresa así:

Para LEÓN SANZ²⁹⁶, al ser el fundamento del arbitraje testamentario las facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico para disponer *mortis causa*, se debe dar interpretación amplia de este tipo de arbitraje dentro del margen de libre disposición que tiene el testador en el ámbito sucesorio.

²⁹⁵ YÁNEZ VIVERO, M., «Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario», op. cit., pág. 1303.

²⁹⁶ LEÓN SANZ, Francisco, «Artículo 10», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinador David Arias Lozano, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pág. 96.

DÍEZ-PICAZO²⁹⁷ señala que «el arbitraje, en este caso, es una parte de la *lex succesionis* ordenada por el causante, dentro del ámbito de la autonomía y libertad que a este le da la Ley. Es, como el resto de la *lex succesionis*, para sus destinatarios carga y obligación que asumen con la aceptación de la herencia, aunque ello no borra que el origen del arbitraje se encuentra en estos casos en un negocio jurídico de carácter unilateral».

ALBALADEJO²⁹⁸, igualmente, sin obviar la decisión unilateral del testador fruto de su libre voluntad, precisa que «realmente lo que persigue el instituyente del arbitraje no es privarles de nada, sino de proporcionar a quienes benefició, pero que pueden tener diferencias entre ellos, una justicia más rápida y ágil, y confiada a personas que le inspiran especial confianza».

Debido a esa doble regulación es importante aclarar que no siempre que haya un tercero que dirima estaremos ante un arbitraje testamentario. El arbitraje testamentario, cuando expresamente sea instituido como tal, es un mecanismo de solución de una controversia mediante la intervención de una o varias personas, denominadas árbitros; por ello, la intervención no dirimente de cualquier otra persona en la sucesión no puede merecer a priori el calificativo de «arbitraje testamentario»²⁹⁹. Esto es importante para los diferentes efectos que se atribuyen a la actuación de los árbitros y del arbitrador, pues, mientras el laudo de un árbitro es un título que lleva aparejada ejecución (art. 517.2.2.º LEC) y produce los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia (art. 43 LA), la decisión emitida por un arbitrador, solo posee efectos obligacionales, de integración de una relación jurídica y puede ser impugnada cuando se haya producido una manifiesta inequidad (art. 1690 del CC)³⁰⁰.

En este sentido, la configuración de este arbitraje testamentario, no impide la convivencia del mismo, con otras figuras sucesorias como pueden ser el albacea y el contador-partidor; así:

²⁹⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, «artículo 10», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, (coordinador Julio González Soria), 2ª edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 141-142.

²⁹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *El arbitraje testamentario*, Actualidad Civil 1990-I pág. 78.

²⁹⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «artículo 10», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*,...op. cit. págs. 142-143, señala que puede existir la solicitud a un tercero de la designación de porciones o partes en que hayan de suceder los que no hayan sido instituidos nominalmente, cuya validez parece desprenderse a *sensu contrario* del párrafo segundo del art. 670 CC.

³⁰⁰ VERDERA SERVER, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*... op. cit., pág. 525; YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario*... op. cit., pág. 1304.

- a) El albacea constituye un cargo testamentario que tiene como función general la ejecución de la voluntad del testador, ya sea con carácter general o con carácter limitado³⁰¹. Asimismo, fomenta el cumplimiento más exacto y puntual de la última voluntad de los testadores, facilita la conservación y administración del caudal relicto, y si se incluye en su ámbito la modalidad específica de comisario, puede distribuir el caudal entre los coherederos³⁰². La mayoría de la doctrina se ha inclinado por aproximar el albacea al mandatario³⁰³.

Indica VERDERA SERVER que, entre las funciones que los art. 901 y 902 del Código Civil otorgan al albacea, no figura expresamente la de actuar como árbitro entre los sucesores, pero tampoco lo prohíbe y nada impide que el testador le atribuya expresamente esa función arbitral al amparo del citado art. 901, siempre que se cumplan las condiciones, límites y requisitos fijados en la propia LA 60/2003, por lo que aunque el albacea pueda ser heredero, no parece que pueda serlo el árbitro, esto es, el albacea-árbitro no podrá ser heredero³⁰⁴. No existe en principio ningún obstáculo en acumular a las funciones tradicionales del albacea la de árbitro y que deberán reunir cumulativamente los requisitos exigidos para cumplir con tales funciones asignadas³⁰⁵; de forma que en su calidad de árbitro resolverá sobre las controversias que surjan dentro de los límites subjetivos y objetivos que marca el art. 10 LA; y si el arbitraje es de Derecho, conforme al art. 15.1 LA, la persona designada como albacea deberá tener la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.

Por tanto, como hace notar BERROCAL LANZAROT, la sola designación en testamento como albacea no supone necesariamente la atribución de las funciones de árbitro, sino que tal función ha de ser atribuida expresamente por el testador³⁰⁶.

³⁰¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, V Derecho de sucesiones*, 9ª edición, Edit. Edisofer, Madrid 2008, pág. 350.

³⁰² LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil, V Sucesiones*, 4ª edición, Edit. Dykinson, Madrid 2009, pág. 300.

³⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Tomo 2) Derecho de sucesiones, undécima edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 132.

³⁰⁴ VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 526; LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pág. 613.

³⁰⁵ LEÓN SANZ, Fco. J., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003...* op. cit., pág. 98; YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 1306.

³⁰⁶ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 265.

- b) El contador-partidor tiene como misión la de contar y partir la herencia; o como dice el art. 1057 CC de «facultad de hacer la partición». Así, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, sus actos se relacionan con esa facultad de partición —siempre que no supongan enajenación—, y entre otras facultades están, si el testador está casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales, la liquidación de la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad con el concurso del cónyuge viudo en su caso; fijación de deudas, cargas y gastos hereditarios, interpretación del testamento, fijación de legítimas, la determinación de donaciones colacionables y la adjudicación de bienes a los herederos³⁰⁷.

Así, la diferencia entre ambos está en que, mientras el contador-partidor tiende a evitar los litigios, realizando la partición hereditaria e intentando conciliar los desacuerdos que puedan existir, el árbitro decide sobre controversias; sobre auténticos conflictos jurídicos. De ahí que GARCÍA PÉREZ³⁰⁸ lo califique de arbitrador.

VERDERA SERVER opina que nada impide que el testador pueda reforzar la posición del contador-partidor (como arriba dijimos para el albacea) y conferirle la condición de árbitro en las cuestiones controvertidas que puedan surgir relativas a la administración o la distribución de la herencia³⁰⁹. No estamos ante una partición arbitral. En la partición arbitral, el testador encomienda a un tercero la partición de la herencia y no la solución de controversias o conflictos jurídicos. Nada impide, por lo demás, que todos los sucesores decidan someter a arbitraje las controversias relativas a la partición que existan entre ellos. Se trataría, igualmente, de una partición arbitral y en el ámbito del arbitraje común y convencional de la LA. Aunque ALBALADEJO³¹⁰ excluye la posibilidad de atribuir a un árbitro la función de partir la herencia, ya que la misión recibida es la de partir, no la de decidir contiendas que se produzcan sobre cómo se partió o se quiere partir. De forma que, lo que contempla el art. 10 de la LA no es encargar directamente la partición a árbitros, sino confiar a estos la resolución de las cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia, o las que al partir puedan surgir entre los interesados (herederos no forzosos o legatarios).

³⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J., *Elementos de Derecho Civil...* op. cit. págs. 285-287.

³⁰⁸ GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 82.

³⁰⁹ VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 528.

³¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *El arbitraje testamentario...* op. cit. pág. 86.

En este contexto se plantea RAFAEL VERDERA SERVER³¹¹ si la previsión testamentaria de un árbitro al amparo del art. 10 supone un resultado equivalente al de las cláusulas de prohibición de intervención judicial, teniendo en cuenta que el art. 11.1 LA dispone que el convenio arbitral «impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas al arbitraje siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria»; y el art. 782.1 de la LEC que, aunque no alude a la prohibición del juicio voluntario de testamentaria para los sucesores no forzosos, si el testador había previsto un medio alternativo a la partición convencional (como así se podía deducir de los arts. 1039 y 1045 de la LEC), sí permite que se excluya la posibilidad de reclamar judicialmente la división de la herencia cuando esta deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial. Y responde negativamente, pues, en principio, la mera previsión de un arbitraje testamentario no supone que se excluya la posibilidad de solicitar judicialmente la división de la herencia; y, asimismo, que a la designación de una persona como contador-partidor se acompañe la prohibición de intervención judicial, no convierte a aquel en árbitro.

En vista a todo lo mencionado hasta ahora BERROCAL LANZAROT³¹² apunta las siguientes características del arbitraje testamentario:

1. Su origen no convencional.
2. Su carácter unilateral al ser impuesto por el testador. Mientras para el arbitraje convencional la fuente de su creación es el mismo convenio arbitral y, por ello, es un acto voluntario al contar con el consentimiento de las propias partes que lo proponen; para el arbitraje testamentario la fuente de su creación es la voluntad del testador, que impone a sus sucesores (herederos no forzosos o legatarios) que son parte en la controversia pero no han constituido el arbitraje. Por ello señala CAPILLA RONCERO³¹³ que el arbitraje testamentario es configurado, respecto a los sujetos titulares de la relación arbitral, como un acto de heteronomía.
3. Se trata de una declaración no receptiva, como todo acto de última voluntad.

³¹¹ VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 530.

³¹² BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 267.

³¹³ CAPILLA RONCERO, Francisco, «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Ed. Tecnos, Madrid 1991, pág. 85.

4. Ha de constar en una disposición testamentaria. El testamento es siempre un negocio jurídico solemne, bajo las formas que exige la ley.
5. Es revocable, al serlo el testamento que lo instituye.
6. El carácter futuro de la controversia sobre la que se sustenta; no cabe arbitraje testamentario *ex post*.
7. La singularidad de la relación controvertida objeto de arbitraje (disposición o administración de la herencia).
8. Es eficaz tras la apertura de la sucesión.
9. Es renunciable por todos los afectados de forma unánime³¹⁴.

2. Alcance subjetivo: personas afectadas por el arbitraje testamentario

El art. 10 LA mantiene en este punto la limitación respecto a los sujetos que ya se establecía en el art. 7 de la LA 36/1988, y restringe el arbitraje a los herederos no forzosos y a los legatarios³¹⁵, solamente algunos de los sucesores quedan sometidos a este arbitraje. Así, anota que el límite a la libre disposición del causante que constituye la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de las legítimas, también se aplica a la hora de delimitación del campo subjetivo de aplicación del arbitraje testamentario, y por ello se puede concluir que las limitaciones de disposición mortis causa del causante se proyectan sobre el alcance subjetivo del arbitraje testamentario, el cual solo operará en las controversias que se sustancien entre herederos voluntarios entre sí; entre herederos voluntarios y legatarios, o entre legatarios entre sí. En cambio ese arbitraje testamentario no puede afectar a los herederos forzosos y, por ello, dirimir las controversias que afecten a los mismos entre sí, entre herederos forzosos y herederos voluntarios o entre herederos forzosos y legatarios, anota VERDERA SERVER³¹⁶. De todas formas, salvo que los bienes de la herencia sean insuficientes para cubrir todos los legados (art. 887 CC) entre herederos y legatarios, normalmente no se plantean diferencias en torno a la distribución de la herencia, pues, los legatarios, a excepción de los que lo sean de parte alícuota, son siempre instituidos en

³¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *El arbitraje en Derecho sucesorio*, La Notaria, núm. 47-48, noviembre 2007, pág. 65.

³¹⁵ Puntualiza aquí YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 1309, para quien hubiera sido oportuno sustituir la expresión «herederos no forzosos o legatarios» por «herederos o legatarios no forzosos». Y añade que con todo, la expresión «sucesores voluntarios o no legitimarios» eliminaría muy probablemente, la mayor parte de los problemas que se plantean.

³¹⁶ VERDERA SERVER R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 538.

bienes concretos. No obstante, pueden existir diferencias entre los propios legatarios, que pueden estar gravados unos a favor de los otros (art. 858 CC), como comenta GONZÁLEZ CARRASCO³¹⁷. Pero, en el ámbito objetivo limitado que el art. 10 LA otorga al testador para poder operar con cierta autonomía, también cabe que pueda restringir su extensión operativa, por ejemplo, a que únicamente se diriman las controversias que puedan surgir entre legatarios.

Un detalle a considerar: los herederos forzosos quedan fuera de las decisiones arbitrales en este ámbito, que, según el art. 807 del Código Civil, son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y el viudo o viuda en la forma establecida por el Código Civil (arts. 834 a 840). Ahora bien, tales legitimarios no son necesariamente herederos. De ahí que, BERROCAL LANZAROT³¹⁸ precise que la exclusión de los herederos forzosos opera sobre la base de la protección de sus derechos como legitimarios, con independencia del título por el cual reciban la cuota legitimaria, pues es posible que el testador atribuya bienes y derechos a sus legitimarios por un título distinto al de heredero, a través de legado o donaciones, como lo permite el art. 815 del CC. Así pues, como acertadamente señala HIDALGO GARCÍA³¹⁹ hubiera resultado más conveniente, como ya se puso de manifiesto bajo el imperio de la anterior norma, sustituir la mención (herederos no forzosos o legatarios) por la de sucesores voluntarios o no legitimarios.

O'CALLAGHAN MUÑOZ³²⁰ no está de acuerdo con la opinión vertida arriba sobre la exclusión de los herederos forzosos del ámbito subjetivo de aplicación del art. 10 LA, para quien el arbitraje testamentario debe alcanzar también a la legítima, pues entra dentro del marco de la disponibilidad en la delación de la herencia. Para este autor es preferible dar un sentido objetivo a la libre disponibilidad del derecho, como cualidad externa del mismo, de forma que el derecho de los legitimarios, abierta la sucesión, es

³¹⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (director José Garberí Llobregat)*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 227-228.

³¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 269.

³¹⁹ HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, director GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, coordinador Jacobo B. Mateo Sanz, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 209.

³²⁰ O'CALLAGHAN Muñoz, X., *El arbitraje en Derecho sucesorio...* op. cit., págs. 64-65.

disponible y sobre ella puede renunciar, transferir o arbitrar. Por lo que, si nadie discute la indisponibilidad de la legítima por parte del testador en vida de este como la de cualquier otra persona, lo que tampoco nadie puede discutir es su disponibilidad tras la muerte del causante. De operarse de otra forma, concluye este autor, se cerraría el arbitraje testamentario, pues, raramente se puede plantear un conflicto hereditario que no alcance a las legítimas.

Una puntualización hace GONZÁLEZ CARRASCO³²¹: ¿Es posible que el arbitraje testamentario se refiera también a las controversias en las que concurra el cónyuge viudo dentro de la expresión «herederos no forzosos» del art. 10? La doctrina ha discutido si el cónyuge viudo es heredero forzoso (arts. 807.3 y 834 del CC), teniendo en cuenta las particularidades de su atribución (a título de usufructo y no de plena propiedad) y, además, porque su legítima en usufructo es enajenable, hipotecable y conmutable, por lo que sucede en el activo solamente. Unas veces se niega que sea heredero a los efectos de responder de las deudas hereditarias, y otras veces se afirma o se asimila al heredero, al exigir su concurso en las operaciones particionales, excluirle de su condición de contador-partidor, o permitirle reivindicar para el haber hereditario algún bien de la herencia del causante. Sobre tales bases (a pesar de los debates sobre su consideración o no como heredero forzoso) concluye la autora, no parece que en la expresión «herederos no forzosos» se comprenda la legítima del cónyuge viudo.

En este ámbito de delimitación subjetiva del arbitraje testamentario, está claro que el arbitraje se excluye con respecto a las atribuciones efectuadas en pago de la legítima estricta, pero, se pregunta BERROCAL LANZAROT³²², ¿qué sucede con el resto de la herencia? En concreto, con el tercio de mejora sobre el que puede cuestionarse si el arbitraje testamentario puede referirse a las controversias derivadas de los bienes atribuidos en ese concepto. La doctrina³²³, al considerarla como parte de la legítima, como un bloque o unidad inescindible que corresponde a los hijos y descendientes (legítima larga), entienden que sobre la misma tampoco puede operar el arbitraje testamentario, pues es una porción hereditaria indisponible por el testador que solo tiene respecto de ella un poder de mera distribución, y el heredero recibe esa mejora en su condición de

³²¹ GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 228.

³²² BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 270-271.

³²³ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 89; GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 230; LEÓN SANZ, F., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003...* op. cit. pág. 98.

legitimario y no de heredero no forzoso. Así, con respecto al tercio de mejora, el testador tiene libertad de disposición (aunque limitada a los sujetos señalados), que le permite ejercer una cierta autonomía sucesoria; aunque la realidad confirma que en la práctica resulta bastante difícil deslindar la parte de la herencia que representa el tercio de mejora y, en consecuencia, poderlo someter en caso de conflicto a arbitraje.

Y en cuanto al tercio de libre disposición, si se entiende que lo determinante es la cualidad de legitimario (heredero forzoso) no es posible plantear tampoco sobre ese tercio la posibilidad de arbitraje; pero si no es, precisamente, la cualidad de legitimario del sujeto afectado por el arbitraje, sino que la propia atribución afectada por el conflicto sea o no en pago de legítima, el arbitraje ordenado por el causante vincularía a los sucesores voluntarios y a los legitimarios, si bien, respecto a estos, solo en la medida que la contienda afectara a atribuciones e intereses que ostenten, no en calidad de legitimarios, sino de sucesores voluntarios, esto es, en cuanto al exceso imputable a la parte de libre disposición. Esta última es la opción acertada para CAPILLA RONCERO³²⁴ «en primer lugar, porque el fundamento del arbitraje testamentario se encuentra en la libertad de disposición mortis causa; y cuando concurren legitimarios, el causante solo carece de libertad en lo que afecte a las legítimas; pero la conserva respecto de la porción, precisamente llamada de libre disposición. Además, acaso pueda reforzarse esta conclusión pues las restricciones impuestas a los legitimarios, les afectan solo en su calidad de tales, por lo que es posible formular una regla: es dissociable el trato que merece un sucesor, en su consideración de legitimario, y en su consideración de sucesor voluntario. Regla que, por qué no, se debe aplicar también al ámbito de lo arbitrable». Lo cierto es que, opina DÍEZ-PICAZO³²⁵, si consideramos que la exclusión del arbitraje de los herederos forzosos lo es en cuanto afecta a su derecho como legitimarios, porque tanto respecto de ellos como de sus legítimas (estricta como larga) carece de libertad de disposición, y, en consecuencia, opera en un ámbito objetivo y no subjetivo, —esto es, lo que se excluye es cualquier cuestión litigiosa que afecta a la legítima de los herederos forzosos, y no a los demás intereses o derechos que esas mismas personas pueden ostentar—; no cabe duda de que la única solución que habría de darse sobre el

³²⁴ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 88-89.

³²⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 144.

fundamento de la restricción sería respecto de la legítima y su admisibilidad, con cargo al tercio de libre disposición de la herencia.

ALBALADEJO³²⁶ anota que «la sola presencia de herederos forzosos en la sucesión no excluye el arbitraje, siempre que este no alcance a sustraer a aquellos de llevar a los tribunales las posibles discrepancias que surjan en extremos que no son de libre disposición del causante. Es decir, se puede también instituir arbitraje en herencias con sucesores forzosos, cuando el arbitraje alcance exclusivamente a los también sucesores, pero voluntarios, que hay en aquellas»; el arbitraje testamentario es posible en las sucesiones donde solo hay sucesores voluntarios y en aquellas en que, habiendo herederos forzosos, el arbitraje se refiera a la resolución de cuestiones, no entre ellos o entre heredero voluntario y forzoso, sino solo entre herederos voluntarios o forzosos en cuanto al tercio de libre disposición.

En este contexto, opina LEON SANZ³²⁷ que el legislador, en una dimensión subjetiva, piensa que todo lo que afecte a los herederos forzosos sea sobre materia disponible o no, se excluye del ámbito de aplicación del arbitraje testamentario. HIDALGO GARCÍA³²⁸ opina que «el arbitraje debe reducirse a los casos en que solo existan herederos o legatarios de carácter voluntario o, en todo caso, cuando se atribuya la legítima y el tercio de mejora (como legítima larga o mejorando a alguno de ellos), a los forzosos y el de libre disposición a extraños, es decir, a herederos voluntarios, tan solo respecto de estos». En todo caso, optando por una dimensión objetiva y no subjetiva, opina BERROCAL LANZAROT³²⁹ que, respecto al tercio de libre disposición no parece haber dudas en cuanto a su carácter disponible y, por tanto, su consideración como materia arbitrable en todos los casos.

BERROCAL LANZAROT³³⁰ se plantea:

Si la eficacia dirimente del arbitraje testamentario, a pesar de que su objeto recaiga sobre cuestiones relativas a la distribución y la administración de la herencia de los herederos no voluntarios o legatarios, alcanza a aquellas controversias o contiendas que afecten a la actuación del albacea o el contador-partidor, así por ejemplo, exigir la rendición de cuentas, instar la remoción del albacea, etc., con todos o algunos de los sucesores. La verdad es que, si

³²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *El arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 89

³²⁷ LEÓN SANZ, F., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 97-98.

³²⁸ HIDALGO GARCÍA, S., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 209-210.

³²⁹ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. pág. 273.

³³⁰ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 273-274.

la exclusión de los herederos forzosos tiene una fundamentación clara que es la necesidad de proteger sus derechos legitimarios, y hay que añadir también la de los acreedores del causante (art. 1082 del CC) por su carácter de terceros en la sucesión y su relación con el causante; puede, sin embargo, resultar discutible que se excluya necesariamente a estos otros partícipes (albacea, contador-partidor), que intervienen también en el fenómeno sucesorio de su vinculación al arbitraje, cuando el conflicto se origina entre esos otros partícipes y alguno de los sujetos (herederos no forzosos o legatarios) a los que se refiere el art. 10 de la LA. De ahí que consideremos que el ámbito subjetivo de aplicación del citado precepto ha de resultar, asimismo, ampliable, a los conflictos en los que, al menos, haya un sujeto perteneciente a alguna de las categorías referidas. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que a las personas que traigan su causa de quienes sí pueden verse sometidos al arbitraje testamentario, como los adquirentes del derecho hereditario antes de la partición (art. 1067 CC), asumen la posición de sus transmitentes y, en consecuencia, pueden verse afectados por el arbitraje testamentario en la misma forma que lo estarían sus transmitentes.

BERROCAL LANZAROT³³¹ advierte que el arbitraje testamentario se puede establecer designando directamente los árbitros que deberán reunir los requisitos de idoneidad e imparcialidad que siempre le son exigibles, o puede designar la institución que haya de administrarlo (art. 14 LA) o, en fin, confiar el nombramiento a un tercero (art. 4.a LA), y que no choca en absoluto con el Código Civil (arts. 670 y 1057).

3. Alcance objetivo del arbitraje testamentario

Como hemos indicado en este trabajo hablando del objeto del arbitraje, el art. 2.1 LA establece que la controversia ha de versar sobre «materias de libre disposición conforme a Derecho», y para el caso concreto del arbitraje testamentario, el art. 10 LA establece que la materia arbitrable ha de versar sobre «cuestiones relativas a la administración y distribución de la herencia». Así pues:

- a. En relación con la administración³³² de la herencia, se entiende que comprende también la administración y gestión de la herencia, la

³³¹ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 275.

³³² VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 542, señala que la mención a la «administración» de la herencia se efectuó sin ser consciente de su alcance, presuponiendo que el albacea iba a ser designado como árbitro; si el albacea tenía normalmente facultades de administración de la herencia, era lógico extender el ámbito del arbitraje testamentario a la administración de la herencia.

conservación del caudal hereditario (y limitado a los herederos no forzosos o legatarios)³³³.

- b. En relación con la distribución de la herencia, ofrece mayores dudas su significado y alcance³³⁴. Se sostiene en la doctrina que, teniendo en cuenta la conexión entre el régimen del arbitraje testamentario y la regulación que se contenía en los arts. 1039 y 1045 de la LEC de 1881 y que la testamentaría tenía por objeto la práctica de operaciones particionales (inventario, avalúo, liquidación y división), el término distribución se identifica con tales operaciones. CAPILLA RONCERO³³⁵ dice que el actual art. 786.1 LEC 1/2000 se refiere a las operaciones divisorias entre las que se menciona implícitamente el inventario, el avalúo, la liquidación y división de los bienes del causante. Por lo que habría que interpretar el término distribución en ese sentido. Por otra parte, hay que constatar que se trata de operaciones divisorias que habrá de realizar el contador-partidor. De nuevo, implícitamente está el legislador pensando que tanto el albacea como el contador-partidor pueden ser nombrados árbitros³³⁶.

Sobre tales bases parece, y seguimos a BERROCAL LANZAROT³³⁷, que distribución se identifica con partición de la herencia (en la práctica es la que más litigios sucesorios plantea) o con el conjunto de operaciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante).

Esto no supone que la designación de un árbitro en los términos del art. 10 suponga que, además de resolver los conflictos o controversias que se puedan derivar de las operaciones divisorias, tenga previamente que partir la herencia, pues esto último sería operativo si estuviéramos ante una partición arbitral y no ante un arbitraje testamentario. Por lo que la función del árbitro testamentario no es la de partir la herencia, sino resolver las controversias que, en la distribución o división de la herencia, se puedan plantear.

³³³ ALBALADEJO GARCÍA, M., *El arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 88, anota que puede suponer «llevar a efecto ciertos actos cuyo carácter de verdadera administración o no se discute, o se discute su admisibilidad en el caso, o se discute a quien le corresponda administrar, o cómo, etc.».

³³⁴ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 275.

³³⁵ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 90.

³³⁶ De forma amplia ALBALADEJO GARCÍA, M., en *El arbitraje testamentario...* op. cit. pág. 88, señala que en el término «distribución» se pueden comprender incluso «las cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el testador, no como *dividendo* de la herencia, sino como *instituyendo* los sucesores, lo que engloba las cuestiones que surjan en el tema de si cierta persona es o no participe de la sucesión, porque se discuta si el testador le instituyó o no, o si por ley le corresponde o no parte de la herencia y también las que surjan sobre la cuantía o proporción en que corresponde a alguien suceder, o sobre los términos, condiciones o circunstancias en que la sucesión se dejó a alguno».

³³⁷ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 276.

La doctrina resalta cierta dificultad en la concreción del objeto del arbitraje testamentario por la amplitud e indeterminación de los conceptos sobre los que opera, debido a un alcance limitado a las operaciones de distribución y administración de la herencia. VERDERA SERVER y CAPILLA RONCERO³³⁸ consideran que la «ratio justificadora» de tal regulación limitativa e indeterminativa en su términos, descansa en impedir que mediante el arbitraje testamentario, se obvие la prohibición de otorgar testamento por comisario y se eludan los límites dentro de los cuales se admite el árbitro de tercero en la sucesión (arts. 670 y 671 del Código Civil).

La delimitación del objeto del arbitraje testamentario recogida en la LA no impide que el testador pueda todavía limitar su objeto, con la consiguiente restricción de las facultades de los árbitros en las cuestiones dirimibles, estableciendo, por ejemplo, que solo afecte a cuestiones relativas a la administración de la herencia o únicamente sobre la distribución de la misma; como también limitar a los sujetos cuyos intereses son objeto de conflicto, y, por ende, de decisión por un árbitro. VERDERA SERVER³³⁹ señala que hubiera sido más lógico y coherente haber suprimido simplemente la parte final del art. 10 LA, la frase «por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia», pues resulta suficiente la referencia a herederos no forzosos y legatarios para expresar la conexión del ámbito del arbitraje testamentario con su fundamentación (la libertad de disposición mortis causa del testador) y, en consecuencia, con el sometimiento del arbitraje a los mismos límites que se somete la libertad del testador³⁴⁰. Por ello sería lógico admitir el arbitraje testamentario para todas aquellas materias que sean disponibles para el testador, y no solo las relativas a la administración y distribución del caudal hereditario³⁴¹.

³³⁸ VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 543. CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 91. Por lo que, señalan, las cuestiones relativas a la designación de herederos en aquellos casos en que, a pesar de existir testamento, es preciso abrir la sucesión intestada total o parcialmente ni, por supuesto, la designación de las porciones en las que han de suceder los instituidos nominalmente, ni la subsistencia de sus nombramientos, forman parte del contenido del término «distribución».

³³⁹ VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 543.

³⁴⁰ Así, v.gr., señala CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 90, que si el causante carece de libertad para disponer sobre la impugnación del testamento (art. 657.2 CC), no cabe que los árbitros decidan sobre la validez o nulidad del testamento.

³⁴¹ YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 1312; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *El arbitraje en Derecho sucesorio...* op. cit., pág. 63. Para DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Comentario al art. 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 145, en este sentido debe caminar la interpretación del precepto, pues, reducir el arbitraje testamentario solamente a cuestiones atinentes a la administración y distribución resulta un cauce demasiado estrecho.

Por último, anota BERROCAL LANZAROT³⁴² que, aunque no se haga referencia en el art. 10 LA, no hay razón para excluir del ámbito del arbitraje testamentario las cuestiones relativas a la interpretación del testamento, siempre que resulte necesaria para resolver una controversia planteada, esto es, poder concretar la verdadera voluntad que el testador expresó en el testamento respecto a esta cuestión conflictiva. Porque si de lo que se trata es de aclarar el alcance y significado de una determinada cláusula testamentaria, no estaremos ante una función arbitral, y, por tanto, no recae tal operación en el ámbito objetivo del arbitraje testamentario.

4. La forma del arbitraje testamentario

La configuración formal del arbitraje testamentario es especial ya que, como hemos indicado, se combinan elementos de una institución arbitral y de una disposición sucesoria; donde, además y, a diferencia del arbitraje convencional, ha de ser establecido mediante disposición testamentaria.

Con la expresión «disposición testamentaria» para LEON SANZ³⁴³ se presumen dos cosas: que quien lo instituye ha de tener necesariamente la condición de testador y que la única vía para su exigencia es el testamento como una cláusula testamentaria más que ha de cumplir con los requisitos de forma correspondientes al tipo de disposiciones testamentarias de que se trate: testamento notarial, ológrafo, etc. Esta limitación formal ha de tener en cuenta la existencia de diversas legislaciones autonómicas con competencia legislativa en materia sucesoria. Por eso, parece que una interpretación extensiva es lógica, de manera que puedan establecerse arbitrajes testamentarios simplemente por todas aquellas personas que estén facultadas para realizar actos de disposición *mortis causa*, en relación con lo que han de ser los destinatarios de sus bienes, mediante cualquier vehículo normativo válido y reconocido como tal para ello³⁴⁴. Asimismo, actos *mortis causa* que no sean estrictamente testamentarios, como la división de la herencia realizada por el padre a la que alude el art. 1056 del Código Civil, o la realización de

³⁴² BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 278,

³⁴³ LEÓN SANZ, F., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 97.

³⁴⁴ Así DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., en *Comentario al art. 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 142, pone como ejemplo que en Cataluña al lado de los testamentos se admiten los codicilos, mediante los cuales el arbitraje puede quedar también establecido.

adjudicaciones, como mejoras que el cónyuge viudo puede realizar según el art. 831 del citado cuerpo legal por actos *inter vivos*, pueden operar en este sentido³⁴⁵.

Por lo tanto, si reconocemos que un sujeto, el causante, pueda disponer libremente de sus bienes y gravar a sus sucesores (limitados a los herederos no voluntarios o legatarios) con un arbitraje testamentario, los cuales no puedan ir a la vía judicial en caso de controversias, se ha de procurar que, además del testamento, cualquier vehículo normativo hábil instituido por voluntad del testador pueda ser instrumento válido³⁴⁶.

Se pregunta GARCÍA PÉREZ³⁴⁷ qué tipo de disposición es el arbitraje testamentario, y según él es una disposición modal. Con estas cláusulas modales el testador pretende cumplir una finalidad cualquiera de orden económico o moral, imponiendo al favorecido el cumplimiento de una carga, gravamen u obligación. Para ello se establece un *modus*, esto es, un límite en interés del mismo testador, del propio instituido o en interés de terceros³⁴⁸.

En este estudio hemos afirmado, en sede de la autonomía del convenio arbitral, que la nulidad del contrato principal no supone la nulidad del convenio arbitral. Ahora nos preguntamos si la nulidad del testamento en que se inserta el arbitraje testamentario afecta también a este. Para responder a esta pregunta acudimos al art. 22.1 de la LA, que dispone que los árbitros pueden declarar la nulidad del contrato, sin que ello entrañe necesariamente la nulidad del convenio arbitral, pero, ¿puede llegarse a la misma solución en caso de arbitraje testamentario, al que no se menciona en el citado precepto? El testamento, como disposición *mortis causa*, puede ser ineficaz, tanto por las causas que afectan al testamento en su conjunto, como por causas específicas que concurren en la

³⁴⁵ Para GONZÁLEZ CARRASCO, C., en *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 235, cabría una disposición mancomunada, un contrato sucesorio, o cualquier documento escrito al que el ordenamiento jurídico del país donde se halle el otorgante, conceda validez para disponer de sus bienes con efectos *mortis causa*.

³⁴⁶ En este sentido señala HERNÁNDEZ BURIEL, Jorge, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje (coordinador Rafael Hinojosa Segovia)*, Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2004, pág. 73, que habría sido deseable que el legislador hubiera adoptado la denominación genérica de arbitraje «sucesorio», en la que se comprendiesen todas las formas de disposición *mortis causa*, tanto unilaterales como contractuales reconocidas en España.

³⁴⁷ GARCÍA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario...* op. cit., págs. 135-141.

³⁴⁸ En este contexto, señala VERDERA SERVER, R., en *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 535, que, aunque se pueda entender que la cláusula testamentaria arbitral grava a los herederos voluntarios y legatarios que acepten el testamento al ser una cláusula más del mismo, no parece necesariamente que haya de reconducirse a esta figura la fundamentación del arbitraje testamentario, pues otras disposiciones del mecanismo sucesorio, mencionadas reiteradamente en este estudio, como el albacea o contador-partidor, comparten una mayor similitud con aquel.

disposición testamentaria arbitral. Encontramos las siguientes posiciones doctrinales que resumimos así:

- a) VERDERA SERVER³⁴⁹ opina que la nulidad declarada del testamento ha de llevar consigo la de la disposición arbitral, tanto porque resulta difícil mantener su validez, frente a la nulidad del resto del testamento ante la unidad formal del mismo (salvo los casos de nulidad parcial o de pluralidad de testamentos) que, asimismo, impide que en este punto se pueda dar la independencia que establece el art. 22.a LA. Y, además, precisa GARCÍA PÉREZ³⁵⁰, a mi modo acertadamente, otras razones: los árbitros no pueden enjuiciar la validez o invalidez del acto de última voluntad ni la de las distintas disposiciones testamentarias, pues su cometido es resolver solo las relativas a la administración o distribución de la herencia; y por lo dispuesto en el art. 675.2 CC «El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley»; y añade este autor que se estaría cuestionando, de igual forma, su propio nombramiento.
- b) En contra de este argumento GONZÁLEZ CARRASCO³⁵¹ defiende la validez del arbitraje testamentario frente a la nulidad del testamento, señalando esas razones:
 - a) Ha de constatarse que entre los motivos (taxativos) de impugnación del laudo arbitral no figura la causa específica de que el testamento o la disposición testamentaria sea nula o inexistente por revocación. El art. 41.1 a) se refiere únicamente a la nulidad o inexistencia de convenio arbitral, supuesto distinto del contemplado en el art. 10.
 - b) Ha de tenerse en cuenta que, aunque pudiera interpretarse que el legislador ha asimilado el convenio arbitral a la disposición unilateral del testador, nos encontramos ante uno de los supuestos en que la falta de denuncia de las partes de la causa de nulidad, a modo de excepción, durante la tramitación del procedimiento arbitral, o en su defecto, tan pronto como sea posible, determina la renuncia tácita a la acción de anulación (art. 6 LA).
 - c) Si se compara el plazo perentorio de dos meses que concede para la acción de anulación el art. 41.4 de la LA con el de quince años que, en el mejor de los casos,

³⁴⁹ VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 547.

³⁵⁰ GARCÍA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario...* op. cit., págs. 435.

³⁵¹ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Comentario al art. 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 142.

³⁵¹ GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 236.

considera aplicable la doctrina a la acción para declarar nulo el testamento, se entiende que la cuestión ha de reconducirse, no a la posibilidad de anular el laudo por la vía del art. 41 de la LA, sino a la situación que se produce cuando una vez realizadas las operaciones particionales en virtud de sentencia firme, estas se dejan sin efecto por circunstancias excepcionales. En principio, frente al laudo dictado solo cabrá recurso de revisión en los términos del art. 43 de la LA, en relación con los motivos tasados de los arts. 509 y siguientes de la LEC.

- c) Señala CAPILLA RONCERO³⁵² que, mientras que el arbitraje convencional es de sumisión voluntaria, el arbitraje testamentario es impuesto por el causante que, sin ser parte en la controversia, fuerza a los interesados a someterse a juicio arbitral. Así, el convenio arbitral en el arbitraje convencional suele tener carácter bilateral en su origen y en su desarrollo, son las partes interesadas las que deciden instituir el arbitraje como medio de resolución de las controversias que han surgido o puedan surgir entre ellas (art. 2 LA), y son estas mismas partes las que quedarán vinculadas por el laudo que dictará el árbitro o árbitros. Por el contrario, en el arbitraje testamentario, su origen es unilateral, toda vez que es el testador el que instituye este arbitraje para dirimir las controversias que puedan surgir relativas a la administración y distribución de la herencia de otras personas (solo los herederos no forzosos y legatarios), las cuales no decidieron instituir el arbitraje, pero que sí van a verse afectadas por el laudo que dicte el árbitro.

Por último, y para terminar este estudio sobre la forma del arbitraje testamentario, ¿cabría instituirlo por donación? Al respecto HIDALGO GARCÍA³⁵³ se pregunta si es admisible el arbitraje establecido mediante donación que se haga a los legitimarios al momento de realizarla para dirimir las contiendas que puedan surgir respecto del ulterior cómputo, colación o no y correspondiente imputación de la misma; responde que obviamente no estamos ante un arbitraje testamentario, partiendo de la limitación subjetiva del testador, que no puede afectar a los legitimarios. Más bien estaríamos ante un arbitraje ordinario establecido por convenio arbitral en los términos del art. 9.1 LA.

³⁵² CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 82.

³⁵³ HIDALGO GARCÍA, S., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 210.

5. La aplicación de la ley de arbitraje 60/2003 al arbitraje testamentario

Partiendo de la idea de que el arbitraje testamentario es verdadero arbitraje, entonces su régimen jurídico básico es establecido por todo el articulado de la Ley de Arbitraje, no solo su art. 10, pero con las peculiaridades del mismo, pues la normativa sobre arbitraje de esta ley está pensada para el arbitraje convencional. En el arbitraje testamentario hay una disociación entre el sujeto que instituye el arbitraje (el causante) y las partes que se someten al mismo (los sucesores) para dirimir sus controversias, al constituirse de forma unilateral por aquel como una disposición testamentaria más. Esto tiene como consecuencia que la capacidad que ha de exigirse al causante para constituir el arbitraje testamentario ha de ser la misma que se necesita para disponer mortis causa.

Conforme al art. 14 LA el árbitro o árbitros pueden ser designados directamente por el causante o que este encomiende la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

- a. Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. En todo caso, ex art. 14 LA, las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
- c. Un tercero, incluida una institución arbitral, excepto en el caso previsto en el art. 34 (al que se remite el art. 4 a) LA), correspondiendo a ese tercero verificar la independencia e imparcialidad del árbitro, o, incluso nombrar como árbitro al albacea o al contador-partidor³⁵⁴, siempre que conste su desvinculación personal, profesional o comercial (imparcialidad e independencia), y, por ende, su no intervención directa en la cuestión litigiosa objeto de arbitraje.

Ahora nos planteamos algunas cuestiones sobre el árbitro o árbitros designados en testamento:

³⁵⁴BERROCAL LANZAROT y YÁNEZ VIVERO, M. opinan que en la cláusula testamentaria se puede instituir árbitro al albacea y al contador-partidor, mientras que GARCÍA PÉREZ opina que son funciones incompatibles. Vide YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...*, op. cit., pág. 1307. BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, op. cit. págs. 282.

1. ¿Puede el cónyuge viudo ser designado árbitro, ya que no se considera estrictamente heredero, sino usufructuario de la cuota viudal? BERROCAL LANZAROT y YÁNEZ VIVERO³⁵⁵ opinan que no, porque resulta difícil que no medie alguna relación personal o profesional con las partes de la contienda, y, por tanto, que cumpla con la necesaria imparcialidad e independencia que exige la Ley en la actuación arbitral.
2. Respecto al nombrado albacea con facultades de disposición: ¿Se puede entender que, implícitamente, ostenta también la de designar árbitro sin que se le haya atribuido específicamente esa facultad por el causante? Para CAPILLA RONCERO y BERROCAL LANZAROT³⁵⁶ no es posible por la específica configuración de la institución, y por lo que representa el arbitraje testamentario en cuanto forma parte de la facultad de libre disposición mortis causa del causante (testador), que adopta la forma de cláusula testamentaria, pues difícilmente puede atribuirse al albacea cuando administra los bienes del causante una facultad de disponer mortis causa, cuando no es causante sino simplemente ejecutor de la voluntad de otro. Además, la Ley en el art. 10 solo admite como arbitraje unilateral, el establecido por el causante. Y concluyen que, si el testador ha establecido un arbitraje pero no ha designado los árbitros ni ha encomendado especialmente la designación o administración a un tercero, entonces, una vez abierta la sucesión, conforme al art. 15.3 LA, se procede a la formalización judicial, que podrá ser solicitada por los sucesores interesados. En el caso de que no actúen así, se entiende ineficaz el arbitraje, pues los sucesores no pueden designar directamente el árbitro o árbitros, al no estar habilitados para ello y perderían todos los derechos en la sucesión.
3. Las personas naturales pueden ser árbitros, conforme al art. 13 LA, si se hallan en el 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 y, asimismo, la autorización para nombrar árbitro ha de haberse estipulado expresamente por el testador.

³⁵⁵ YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...*, op. cit., pág. 1307. BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, op. cit. págs. 283.

³⁵⁶ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 93. BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 283.

4. Los árbitros testamentarios designados deben reunir los requisitos exigidos a todo árbitro, conforme a los arts. 13, 15.1 y 17 LA.
5. Sobre la designación y aceptación del cargo por el árbitro o árbitros, hay que decir que la designación directa del causante no se puede entender efectuada hasta la apertura de la sucesión, y hasta entonces es revocable como lo es el testamento. Una vez fallecido el causante, corre el plazo para la aceptación de quince días desde la comunicación del nombramiento previsto en el art. 16 LA. Se ha planteado la duda de si ese plazo ha de computarse desde la apertura de la sucesión o desde la aparición de la contienda. BERROCAL LANZAROT y CAPILLA RONCERO³⁵⁷ se inclinan por considerar que, salvo disposición en contra del causante, la designación es eficaz desde la apertura de la sucesión, y a partir de ese momento los ejecutores de la voluntad del causante, albacea o herederos, han de comunicar a los designados. Desde la notificación (*dies a quo*) comienza a contar el plazo de quince días que tienen los árbitros para comunicar o no su aceptación del cargo a quien les notificó la designación. Si en el plazo establecido no comunican la aceptación, se entenderá que no aceptan su nombramiento; y si es un único árbitro el designado, puede la no aceptación determinar la ineficacia del arbitraje testamentario. Igualmente, la abstención y recusación de un árbitro, como la falta o imposibilidad en el ejercicio de sus funciones que se someten a las reglas generales (arts. 17 y 19 LA), puede derivar en ese mismo resultado, salvo que se opte por su formalización judicial. En todo caso, tales circunstancias han de ser apreciadas en el momento de la aceptación.

Aunque más arriba ya hemos hablado sobre la forma del arbitraje testamentario, esta será la establecida en disposición testamentaria con sus peculiaridades; pero no se aplican aquí las exigencias formales que el art. 9 LA establece para el arbitraje convencional.

Puede ser arbitraje de Derecho o de equidad, y ante el silencio, prevalece el de Derecho.

Por lo que se refiere al laudo arbitral, entre los motivos de impugnación, no figura la nulidad o la inexistencia del arbitraje testamentario, pues el art. 41.1 a) solo alude a que

³⁵⁷ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 93-94.
BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 284.

«el convenio arbitral no existe o no es válido». Sin embargo, VERDERA SERVER³⁵⁸ opina que tal omisión no impide que se pueda impugnar el laudo en caso de nulidad o inexistencia del arbitraje testamentario.

Finalmente, VERDERA SERVER³⁵⁹ plantea la cuestión de si los sucesores de forma unánime se pueden apartar de la previsión testamentaria del arbitraje, a lo que responde que sí es posible, porque son las partes las que deben alegar la existencia del arbitraje mediante declinatoria, según el art. 11.1 LA, y bastaría con que no la invoquen para que los tribunales conocieran de la controversia.

6. Conclusión

El arbitraje testamentario es un mecanismo de resolución de conflictos que pretende ser un arbitraje ordinario pero cuya eficacia práctica va a depender de la regulación jurídica del legislador español: hoy por hoy un solo artículo de la LA lo regula. Como señalamos en este trabajo, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mucho más rápido y eficiente que el procedimiento judicial, cuya tutela judicial efectiva queda protegida por la posible anulación del laudo arbitral en sede jurisdiccional, protegiendo a los llamados a la herencia.

Citamos algunas opiniones de la doctrina sobre la eficacia práctica del arbitraje testamentario:

- a) Para BERROCAL LANZAROT³⁶⁰ su mayor utilidad práctica solo vendría en una próxima reforma de la Ley de Arbitraje, mediante una eventual ampliación de su campo subjetivo y objetivo de actuación, pero sin olvidar que, como disposición testamentaria, le resulta de aplicación todo el entramado regulativo sucesorio. No obstante, sigue opinando esta autora, convendría tener presente en un futuro desarrollo normativo, la existencia de otras regulaciones autonómicas con competencia en materia sucesoria, que también pueden influir decididamente en su alcance.

³⁵⁸ VERDERA SERVER, R., en *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 547.

³⁵⁹ VERDERA SERVER, R., en *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 547.

³⁶⁰ BERROCAL LANZAROT, A., *Comentarios a la ley de arbitraje...* op. cit. págs. 285.

- b) Para CAPILLA RONCERO y VERDERA SERVER³⁶¹, es una norma difícil de interpretar e inútil en la práctica.
- c) Para HIDALGO GARCÍA³⁶², está condenado a un papel residual y que aquellas «razones-torpedo» que ALBALADEJO destacaba en el año noventa que hundían «el buque del arbitraje testamentario» siguen, para este autor, plenamente vigentes.
- d) Para DÍEZ-PICAZO³⁶³, el arbitraje testamentario es una parte de la *lex successionis* establecida por el causante dentro del ámbito de autonomía y libertad que le confiere la ley.
- e) Para YÁNEZ VIVERO³⁶⁴, «no debe atribuirse la nula utilidad práctica de la figura a la regulación que la vigente Ley de Arbitraje hace del arbitraje testamentario», pues «el arbitraje testamentario es hoy una figura poco conocida, pero ello no se debe a la sucinta y deficiente regulación de la misma, sino a otros motivos como la mayor confianza en los jueces, la falta de suficientes árbitros especializados, o la desconfianza en las garantías del procedimiento arbitral en el ámbito sucesorio».
- f) Para EVELIO VERDERA y GASPAR LERA³⁶⁵, «con su utilización se evitaría que los herederos con expectativas derivadas de un acto de última voluntad se vieran condenados a estar litigando *sine die* en la jurisdicción ordinaria, ya que los juicios de testamentaria resultan interminables en la mayoría de las ocasiones».

³⁶¹ CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 95; VERDERA SERVER, R., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 548-549.

³⁶² HIDALGO GARCÍA, S., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., pág. 210.

³⁶³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 141-142.

³⁶⁴ YÁNEZ VIVERO, M., *Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario...* op. cit., pág. 1317.

³⁶⁵ VERDERA y TUELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje entre la tradición y la innovación*, Discurso leído el día 6 de junio de 2005 en el Acto de su recepción como académico de número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2005, pág. 67 nota 94.

3. LAS PARTES HAN DE TENER LA LIBRE DISPOSICIÓN SOBRE LAS MATERIAS A LAS QUE SE REFIERE LA CUESTIÓN LITIGIOSA

Por imperativo del art. 2.1 de la LA, las partes han de tener la libre disposición, conforme a Derecho, de las materias objeto de la controversia.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ la expresión «libre disposición conforme a derecho» del art. 2 de la actual LA 2003, así como la expresión de «materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición» de la derogada ley de 1988, es *defendible*, aunque entiende que ha sido objeto de muy abundante doctrina y jurisprudencia.³⁶⁶ Y comenta este autor:

Se advertirá como tales expresiones se han visto «perturbadas», a mi juicio, como consecuencia, sobre todo, de dos circunstancias. De un lado, el muy frecuente argumento de que en materias regidas por normas de Derecho necesario (normas imperativas o de *ius cogens*), las partes no gozan de «libre disposición». Y de otro, el hecho de que ha habido (o hay ahora todavía) algunos tipos de controversias para cuya resolución existían o existen reglas procesales específicas, referidas unas a lo que constituye el *procedimiento* en sentido estricto, y consistentes otras en criterios singulares sobre competencia territorial. [...] La lectura de la jurisprudencia (en torno a la referida expresión) pone de relieve que estamos ante una cuestión compleja, en la que opiniones distintas, e incluso a veces notoriamente contrapuestas, cuentan con razones para ser muy tenidas en cuenta. Particularmente ilustrativas han sido, o son, las discrepancias en punto a conflictos derivados de arrendamientos regidos por leyes especiales (sobre todo, los urbanos), de la conocida como propiedad horizontal y, de forma muy marcada, del Derecho de sociedades. [...] Pero la lectura de las más recientes doctrinas y jurisprudencias me mueve a formular la opinión de que «la no susceptibilidad de arbitraje debe interpretarse de forma sumamente restrictiva». Es claro que no pueden someterse a decisión arbitral las cuestiones relativas al estado civil de las personas (salvo que, derivadas de él, sean estricta y exclusivamente patrimoniales), las que atañen a los derechos de la personalidad (también con la misma reserva) y las que, por imperio de la ley, requieren la intervención del Ministerio Fiscal, intervención impensable en un procedimiento arbitral³⁶⁷.

³⁶⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 68.

³⁶⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 69-70.

En la Ley de 1988, el criterio de la disponibilidad formaba parte de la propia definición del arbitraje, conforme a su art. 1. Esto no ocurre en la LA, donde es reseñable la ausencia de definición del arbitraje (al igual que ocurre en el CC. y la Ley de Enjuiciamiento civil); quizá debido al «deseo del Legislador interno por adoptar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que [...] ha sido el referente continuo de la nueva LA, tanto en su fondo como en su forma».³⁶⁸

Al respecto, opina CORDÓN MERINO:

Desde la actual LA 2003 puede hablarse de una «expansión de la arbitrabilidad», como pone de manifiesto la jurisprudencia más reciente sobre las controversias en el ámbito societario, si bien —añade— permanecen también claros los límites que en ningún momento pueden traspasarse [] Se puede afirmar que, en general, la Ley de Arbitraje ha introducido una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje. Téngase en cuenta, además, que la LEC establece que los litigantes están facultados para someter a arbitraje, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19)³⁶⁹.

DE ÁNGEL YAGÜEZ entiende:

Para sustraer una determinada cuestión a la fórmula arbitral es necesario que existan razones incuestionables por las que esa misma controversia se considerara fuera del ámbito de libertad que constituye la autonomía privada³⁷⁰.

En consecuencia, encontramos un criterio general y único de la libre disposición; expresándose la Exposición de Motivos (II) en los siguientes términos:

El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones

³⁶⁸ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 30-31.

³⁶⁹ CORDÓN MERINO, Faustino, *Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 164-166.

³⁷⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 71.

que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Desde un punto de vide doctrinal, desde las legislaciones arbitrales precedentes podemos distinguir las siguientes posiciones³⁷¹.

- A) Aquellos autores que han intentado llegar al concepto de «disponibilidad» basándose en el juego de la autonomía de la voluntad de las partes y el límite del orden público³⁷².
- B) Aquellos otros que han establecido una lista exhaustiva de actos disponibles e indisponibles para las partes.

La experiencia ha demostrado la carencia de valor de estos esfuerzos. Por ello, otros autores³⁷³ opinan que resulta preferible establecer unos criterios eficaces para determinar caso por caso, una vez surgida la controversia, si la misma es susceptible de «libre disposición» conforme a Derecho.

³⁷¹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*...op. cit. págs. 32-33, citando como ejemplo de autores que establecen listas a CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, en *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 1991, núm. 275 a 300.

³⁷² Vide por ejemplo FERNÁNDEZ ROJAS, José Carlos, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje, en la nueva Ley de arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 77-78. Aquí este autor defiende que la actual LA huyó de un elenco de materias o controversias no sometidas a arbitraje y habla de la «extensión de la arbitrabilidad», y comenta: «Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje; sin embargo, el Estado, a través de la legislación establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este procedimiento. Esta restricción obedece a que el Estado considera que existen cuestiones cuya decisión puede afectar, además de a las partes de la controversia, al orden público. Y a ello debe agregarse las materias de competencia exclusiva que corresponde a los Tribunales de un determinado Estado toda vez que el carácter contractual y privado del arbitraje impide a los árbitros conocer de estas. La determinación de qué categorías de controversias deben ser resueltas necesariamente por órganos estatales, quedando, por lo tanto, excluidas del arbitraje, es realizada individualmente por cada ordenamiento jurídico. Dentro de los criterios empleados para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de los árbitros, existen varias tendencias entre las que se halla la inclusión de todos aquellos asuntos que a la luz de la ley nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes, señaladamente aquellas vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o reglamentadas por normas imperativas».

³⁷³ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. págs. 33 y ss.

De este modo, podemos distinguir los siguientes criterios, que son complementarios entre sí:

a. SUPUESTOS HISTÓRICOS DE MATERIAS DISPONIBLES³⁷⁴

Que consiste en un estudio de los distintos supuestos que han sido excluidos del arbitraje por las sucesivas legislaciones; así, conforme al derogado art. 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en relación con el art. 483 y el 1814 del CC., obtenemos como materias tradicionalmente excluidas de la libre disposición:

- Derechos políticos u honoríficos.
- Exenciones y privilegios personales.
- Interdicción.
- Filiación, patria potestad y materias relacionadas, como los alimentos futuros.
- Cuestiones relativas al estado civil de las personas.
- Cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros.
- Aquellas que, conforme a la ley, exigían la intervención del ministerio fiscal; lo que, a su vez, comprende las cuestiones penales.

Por otra parte, en particular:

1. El art. 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) determina la indisponibilidad del objeto del proceso cuando este lo sea sobre la capacidad, la filiación, el matrimonio o cuestiones relativas a los menores; salvo en las pretensiones accesorias que se planteen en dichos procesos, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la norma civil aplicable, conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Libro I del Título I de la LEC.
2. El art. 19 de la LEC (redacción de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) permite a los litigantes someter a arbitraje el objeto del pleito «excepto cuando una Ley lo prohíba o

³⁷⁴ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la ley 60/2003...* op. cit. págs. 33-34

establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

b. SUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE DISPONIBILIDAD

Conforme a la Constitución³⁷⁵. Con carácter previo a la entrada en vigor de la Constitución Española (en adelante, CE), la Doctrina y la Jurisprudencia habían señalado que las controversias relativas a los derechos de la personalidad quedaban excluidas del arbitraje, ya que se trata de *res extra commercium* por imperativo del art. 1271 CC.

En consecuencia, el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO³⁷⁶ afirma que «bajo la extracomercialidad de las cosas debe incluirse:

- 1º. Los bienes de dominio público (art. 339 del CC).
- 2º. Las cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito de apropiación del individuo.
- 3º. Los bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares (como ya hemos visto, el estado civil de las personas, o los bienes de la personalidad, etc.)».

Con la entrada en vigor de nuestra norma fundamental, estos derechos de la personalidad se concretan en los «Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», en los arts. 15 a 29, sección 1ª del capítulo 2º del Título I; incluyéndose, por ser susceptible de recurso de amparo, el art. 14 (el derecho a la igualdad) y el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2.

Esto lleva a plantearnos cuál sería el tratamiento del convenio arbitral que tuviera por objeto una controversia sobre una materia indisponible; asimismo, es el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO el que responde:

Un contrato que recayera sobre cosa fuera del comercio sería un contrato al que le falta el presupuesto objetivo [esto es, conforme al art. 1261 CC., objeto cierto que sea materia del contrato].

³⁷⁵. GARBERRI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 34; siguiendo a ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, págs. 26 y ss.

³⁷⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 106.

Problema distinto es el de las cosas cuyo comercio se encuentra prohibido en determinadas circunstancias. Una cláusula compromisoria que tenga por objeto estas cosas no presupone la falta del presupuesto objetivo. Podría recibir las sanciones administrativas o penales correspondientes, pero nunca será un contrato al que le falta su objeto³⁷⁷.

c. CRITERIOS SEMÁNTICOS DE DISPONIBILIDAD³⁷⁸

Siguiendo el art. 2.1 de la LA, es la «controversia» la que determina el ámbito de libre disposición conforme a Derecho; ya que la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos comprendidos en la materia objeto de la «controversia».

Así, podemos observar cómo determinados derechos derivados de relaciones jurídicas, tradicionalmente indisponibles u hoy calificados como «Derechos Fundamentales» son disponibles para su titular.

Manifestaciones de ello son:

1. El supuesto de responsabilidad civil derivada de delito o falta, ya que el ejercicio de dicha acción solo corresponde al Ministerio Fiscal cuando el particular no difiera su ejercicio a un momento posterior al juicio penal.

Pero el convenio arbitral no puede tener por objeto una cuestión de carácter penal, «ya que no puede extinguir la acción pública para la imposición de la pena»³⁷⁹.

2. «Referente a las cuestiones matrimoniales, hay que distinguir casos de carácter exclusivamente patrimonial en el que no se ve obstáculo insuperable en someterse al arbitraje, siempre que se trate de la simple distribución de dinero, de los casos que atañen a obligaciones patrimoniales relativas al cumplimiento de deberes esenciales inherentes a la relación matrimonial o paterno-filial»³⁸⁰. Por tanto, exclusivamente, cuando no afectan al interés de los menores, incapacitados o ausentes (art. 751.3 LEC).

Esto último vendría a coincidir con el art. 2.1, c) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (vigente hasta el 26 de marzo de 2004), conforme al cual «no podrán ser objeto de arbitraje las cuestiones en que, con arreglo a las leyes,

³⁷⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 106-107

³⁷⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 35.

³⁷⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 107

³⁸⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 104. Sobre la disponibilidad y consiguiente arbitrabilidad de las medidas provisionales y previas, vide GASPAS LERA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 97 y ss. Citado por GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 35.

deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos».

3. Los rendimientos patrimoniales del derecho de autor (art. 20 C.E.) conforme a los arts. 17 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia; modificada por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, BOE núm. 268 de 5 de noviembre, pero cuyo contenido no afecta a este respecto. Así como el derecho de participación en beneficio del autor de una obra original, regulado por Ley 3/2008, de 23 de diciembre.
4. Las consecuencias patrimoniales del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, (modificada por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre y L.O. 5/2010, de 22 de junio, BOE núm. 152, 23 de junio de 2010).

d. LAS LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPONER

La imposibilidad³⁸¹ de identificar la disponibilidad del derecho con la ausencia de limitaciones a la facultad de disponer, pues dichas limitaciones no privan al titular del derecho de su facultad para disponer del mismo, sino que restringen su contenido, por lo que puede ser objeto de controversia arbitral, respetando su naturaleza de derecho gravado.

e. LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS

La imperatividad³⁸² de las normas que regulan un derecho no impide *per sé* que las controversias surgidas en torno al mismo sean susceptibles de arbitraje, tal y como declaró la STS de 21 de marzo de 1985³⁸³.

³⁸¹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 35.

³⁸² GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 35.

³⁸³ «El Argumento impugnatorio [del recurrente]... consistente en afirmar que los árbitros carecían de competencia para tratar y decidir de estos temas que fueron sometidos a su consideración, pues...solo pueden ser objeto de estos las materias de las que las partes pueden disponer libremente, pero no de las no disponibles, como las que aquí se decidieron, reguladas por normas de Derecho necesario o *ius cogens*... y sometidas imperativamente a la jurisdicción ordinaria. Argumentación que no puede ser aceptada, porque confunde el carácter de las normas jurídicas, con el ejercicio de los derechos privados (no públicos) de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia», Fundamento de Derecho Primero de la STS 21.03.1985, Sala 1ª, Sección 1ª, TOL.1.736.647.

Ahora bien, la apuesta efectuada por el legislador a favor del arbitraje de Derecho, implica que el pacto del arbitraje de equidad tendrá como límites necesarios el orden público y el interés de los terceros (art. 6.2 CC.). Por esa razón, la posible vulneración del orden público que pueda causar el laudo (tanto de Derecho como de equidad) origina su anulación conforme al art. 41. 1, f) LA, cuando, conforme a la STC de 15 de abril de 1986, vulnere alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas garantizadas por la CE, tanto en el ámbito material como procesal.

Pero es, además, el art. 1255 CC.³⁸⁴ el que establece que el convenio arbitral no puede ir contra el orden público; por ello, la pregunta subsiguiente que cabe plantearnos es cuáles son el concepto y los caracteres del orden público.

Presenta las siguientes características:

1. El orden público no se puede definir, sino más bien describir según una época y una situación determinada.
2. Esta descripción deben realizarla los Tribunales, en principio.

Es posible afirmar que existen leyes de orden público. Hacen referencia:

1. A la organización social: son las leyes que abarcan la constitución de la familia, el estado y capacidad de las personas, la condición de los extranjeros, la libertad individual.
2. A la organización política: son de orden público las leyes constitucionales, políticas, administrativas, fiscales y de organización judicial.
3. En la actualidad, las más importantes son las que se refieren a la organización económica. Se clasifican según afecten:
 - 3.1. Al régimen jurídico de los bienes (naturaleza, transmisión, prescripciones).
 - 3.2. A la forma de ciertos actos (donaciones, testamentos, hipotecas).
 - 3.3. A la libertad del comercio y de la industria, y a los precios.

El orden público se expresa a través de una ley imperativa. Sin embargo, lo contrario no es exacto³⁸⁵.

La misma distinción hace MUNNÉ CATARINA³⁸⁶.

³⁸⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.105

³⁸⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.105

³⁸⁶ «Orden público y norma imperativa no son lo mismo ni siempre coinciden, de forma que el *ius cogens* cuando deriva de un derecho irrenunciable tan solo lo es ex ante, pero ese derecho necesario que reconoce la ley de forma genérica y ex ante deja de ser irrenunciable una vez se concreta en un derecho subjetivo específico, mientras que el orden público siempre es norma de obligado cumplimiento (imperativa), sin que tenga influencia en ello el factor tiempo. [...] En definitiva, no puede dejarse de aplicar la norma de orden público, con independencia de su tono más o menos imperativo, mientras que en las normas de *ius cogens* habrá que estar a cada caso concreto para valorar si constituyen además normas de orden público. Así, las normas de orden público no pueden ser obviadas ni por las propias partes, quienes en cualquier

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, la contradicción entre arbitraje y normas imperativas es un «falso problema», ya que, si una materia está regida por normas imperativas, en nada obsta a que un conflicto dentro de ellas pueda someterse a arbitraje. Lo único que ocurrirá es que el árbitro quede sometido a la aplicación de tales normas como lo estaría un juez. E incluso no es acertada la idea de resolver en equidad para exonerar al árbitro de aplicar las normas que revistan un carácter de *ius cogens*³⁸⁷. Sirva de apoyo de esta tesis lo que establece el art. 19 de la LEC:

1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

En los tribunales suelen suscitarse cuestiones sobre si un determinado convenio arbitral, referente a una determinada relación jurídica, es un soporte suficiente para que ese convenio arbitral dé cabida a *cualquier* controversia que de esa relación jurídica pueda derivarse. Sobre todo, cuando del convenio arbitral se contiene una enumeración de posibles conflictos que puedan dimanar de esa relación jurídica. Este no es más que un problema de interpretación del convenio arbitral conforme al art. 3 del CC, y en este caso cabrían dos posibilidades:

- a) que la enumeración de conflictos esté redactada con propósitos de exhaustividad; por lo que no sería sometible a arbitraje una controversia no contenida en el convenio arbitral
- b) que la enumeración de conflictos sea solo ejemplificativa; en este caso debería considerarse la voluntad de las partes de someter a arbitraje *cualquier* controversia que tenga su origen en la relación jurídica a la que el convenio arbitral se refiera.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ:

negociación o transacción deben de aplicarlas y cumplirlas, por lo que con mayor motivo no pueden dejar de aplicarlas los árbitros que reciben sus potestades jurisdiccionales de las partes a través de la sumisión arbitral». MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, capítulo IV, sobre «la arbitrabilidad del conflicto», págs. 41 y ss.

³⁸⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 73.

Salvo que del texto del convenio arbitral resulte inequívocamente otra cosa, debe entenderse que han de ser objeto de arbitraje todo tipo de controversias, aunque no estén específicamente citadas o enumeradas en el convenio arbitral³⁸⁸.

Este es el criterio del auto de la AP León de 03-02-12 que se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco (de permuta financiera) en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas. El auto cita en apoyo los autos recaídos en asuntos similares —sobre interpretación generalista de un convenio arbitral referido a contratos de permuta financiera— de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 14-12-2010, AP de Zaragoza 12-2-2010, AP de Madrid 25-11-2011, AP de Asturias 8-07-2011 y 24-10-2011. De la misma línea es el auto de la AP Asturias de 10-2-2012, citando en apoyo otro de la misma Sala de 8-7-2011, donde se estudia un convenio arbitral en el que el contrato «contiene sumisión a arbitraje de todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, y de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad del contrato (de permuta financiera) como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato».

f. EL CARÁCTER PÚBLICO DE ALGUNA DE LAS PARTES

A diferencia de la Ley de 1953, la Ley de 1988 no se definió como una norma de arbitraje privado, pero, aun así, esta especial vocación se desprendía del párrafo primero de su Exposición de Motivos, de donde se infería que pretendía regular no solo los conflictos mercantiles y del comercio internacional (que la Ley de 1953 había obviado), sino también los civiles³⁸⁹:

La sustitución del régimen jurídico del arbitraje de derecho privado vigente viene siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones. La Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil en el

³⁸⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 74.

³⁸⁹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 36-38.

más estricto sentido de la palabra. La práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional.

La LA, como hemos indicado al principio del presente trabajo, ha centrado sus esfuerzos en adaptar la normativa interna a las necesidades del arbitraje comercial internacional; desoyendo la petición lanzada desde la doctrina administrativista, tendente a regular los arbitrajes administrativos.

Por ello, debemos acudir a la legislación administrativa, donde el art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero), manifiesta de forma clara lo siguiente:

Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.³⁹⁰

Se colige del artículo anterior que el mero hecho de que una de las partes de la controversia sea una Administración Pública, no implica su «indisponibilidad» *ipso facto*. Este artículo implica la necesidad de que la Administración tenga un cierto ámbito de

³⁹⁰ Vide Disposición Adicional 2ª Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 12 de 14 de enero de 1999, que establecía el plazo de dieciocho meses para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales el Proyecto o Proyectos necesarios para el desarrollo de dichos procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutorios de los recursos de alzada y reposición.

disposición sobre el objeto del recurso que el arbitraje administrativo estaría llamado a sustituir.

En este sentido, la STS (4ª.) de 4 de abril de 1979 señalaba que lo «que se encuentra fuera del tráfico jurídico, no pudiendo ser objeto de contrato (del convenio arbitral), son las potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado».

Conforme a este criterio quedan excluidas las controversias que tengan por objeto:

- 1- La interpretación y ejecución de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, tanto con carácter privado como administrativo (conforme al art. 9 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).
- 2- La actividad convencional de las Administraciones Públicas que, en su mayoría, precisará un arbitraje interadministrativo o laboral (como sucede con las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas).
- 3- Las controversias que dimanen de procedimiento administrativo y puedan ser resueltas por vía convencional, siempre respetando las condiciones del art. 88 de la Ley 30/1992.

Podemos indicar, así, por su importancia:

- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conforme al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.
- La concesión de ayudas y subvenciones públicas, de acuerdo al Real Decreto 2225/1993.
- El otorgamiento de autorizaciones que no posean carácter reglado, *ex* Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto.

Por todo ello, vemos como la inclusión de un arbitraje en la LA o en el art. 107.2 de la Ley 30/1992 depende de la naturaleza pública o privada de la controversia; si bien la celebración del convenio arbitral, cuando una de las partes sea Administración Pública, estará sometido a los requisitos especiales; siempre que tenga por objeto bienes o derechos de la Hacienda Pública.

Finalmente, una pequeña referencia al apartado 2 del art. 2 de la LA, precepto «de extraña ubicación», en palabras de HERNÁNDEZ-GIL³⁹¹, referido al principio de inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado³⁹². Este artículo significa para DE ÁNGEL YAGÜEZ³⁹³ una ruptura o excepción del principio de inmunidad, pero una regla de incuestionable lógica, porque la norma parte de la base de que, habiéndose sometido a arbitraje un Estado (o institución controlada por él), tal sometimiento equivale a una implícita renuncia a tal inmunidad. Esta regla se aplica al Estado Español cuando sea parte en un arbitraje internacional, y a él se aplique la LA 60/2003, según opina HERNÁNDEZ-GIL³⁹⁴.

El laudo que se dicte posee la vocación de ejecutarse, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que en el plano de derechos y obligaciones lo sitúa como un equivalente jurisdiccional y en el plano de ejecución, un equivalente a la resolución judicial. La premisa para ello es que, si el Estado ha sido parte en el arbitraje, es porque ha otorgado un convenio arbitral, lo que supone un acto de disposición de su inmunidad y su posicionamiento voluntario en un plano de igualdad con las demás partes del arbitraje, para introducirse en el tráfico jurídico internacional como sujeto de derechos y obligaciones³⁹⁵.

³⁹¹ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO (coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 170-171.

³⁹² La inmunidad de jurisdicción es un derecho de los Estados, que a su vez es límite de los derechos de los demás Estados de elaborar sus normas de competencia judicial internacional. El principio de inmunidad de jurisdicción significa que un Estado no puede ser objeto de medidas de ejecución ni de aplicación de las decisiones judiciales y administrativas emanadas de otros Estados extranjeros; siguiendo a ESPLUGUES MOTA, Carlos, «art. 2, materias objeto de arbitraje», en *Comentarios a la ley de Arbitraje*, Barona Vilar, Silvia (coordinadora), 2ª edición, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, págs.158-167.

³⁹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 115.

³⁹⁴ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A., en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 171-172.

³⁹⁵ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 173-175. El autor puntualiza que no cabría nunca una absoluta inmunidad de ejecución, pero que solo cabe una inexecución inespecífica, referida a aquellos bienes concretos directamente destinados a la actividad *iure imperii* del Estado en la jurisdicción del foro donde se plantea la ejecución del laudo arbitral; y aún ello, asentado en las normas aplicables de Derecho Internacional público. Según este autor no cabe duda de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, de los buques y aeronaves del Estado afectos a un servicio público, o destinados a servicios militares, aduaneros o policiales. Más discutible, opina este autor, es la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en territorio nacional, distinguiendo las cuentas necesarias para el funcionamiento de la misión consular (funciones *iure imperii*) de las destinadas a mero contenido patrimonial (*iure gestionis*).

g. LAS «MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN» EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS LEYES DE ARBITRAJE 36/1988 Y 60/2003

Recordemos que en el art. 2 LA 1988 dice: «No podrán ser objeto de arbitraje [...] las materias [...] sobre las que las partes no tengan poder de disposición», mientras que el art. 2 de la actual LA 2003 «Son susceptibles de arbitraje [...] las controversias sobre materias de *libre disposición* conforme a derecho». Señalamos abajo una selección de sentencias que han estudiado, interpretado y aplicado estos preceptos:

- **Auto del TC de 20-7-1993** (repertorio La Ley 3532/1993): sentó la doctrina basada en la oportunidad de acudir a un criterio restrictivo a la hora de determinar qué materias o conflictos no son susceptibles de arbitraje: «Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “juez”, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido por tanto de *imperium*, y del árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia».
- **STS 11-12-1987** (repertorio La Ley 151965-JF/0000): la sentencia estudia la división de una cosa común (unas fincas rústicas y urbanas), distinguiendo la posibilidad de someterla a arbitraje, que fue lo que ocurrió, y la circunstancia de que el árbitro de equidad estuviese sujeto a ciertas normas sustantivas, en este caso el Código Civil.
- **STS 17-7-1990** (repertorio CENDOJ, 5779/1990), que sienta un principio amplio de arbitrabilidad. Se refería a un recurso de nulidad de un laudo arbitral. El recurrente alegó que el árbitro, actuario de seguros, había resuelto puntos no sometidos a su decisión, pues no era experto jurídico. El TS desestimó el recurso, alegando:

La interpretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que se coarte su libertad para resolver con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente (STS 13-6-1985) [...] Previsión cautelar que lógicamente ha de fundamentarse y de modo

racional y completo las cuestiones planteadas por las partes, buscando así (como ya se ha dicho) la más genuina y eficaz sustitución de la función jurisdiccional del Estado por la privada.

- **SAP Barcelona (15) 6-11-2000** (Repertorio La Ley 200956/2000): Se discutía sobre la no arbitrabilidad de la materia referida a un contrato de agencia, por ser de carácter imperativo y de Derecho necesario, Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia. La Sala declaró su arbitrabilidad y dijo:

En principio, la imperatividad de los preceptos de la Ley referida no constituye por sí misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros en sus laudos infrinjan aquellas normas imperativas.

- **SAP Barcelona (14) 3-11-2003** (repertorio La Ley 381/2004), se refirió a la «libre disposición», para declarar que una acción colectiva no puede someterse a decisión de árbitros porque no era objeto de arbitraje de consumo. Declaró la Sala:

No podrán ser objeto de arbitraje de consumo (ni en general de arbitraje cualquiera que sea su clase), entre otras, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. Y precisamente una acción colectiva no puede someterse a decisión de los árbitros puesto que ello solo es posible, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la LA, respecto de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, y resulta evidente que no puedan disponer de derechos colectivos o como los denomina el legislador de los «intereses difusos» que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

- **SAP Madrid (21) de 6-2-2007** (repertorio la Ley 47319/2007), resolvió una controversia que dio lugar a varias resoluciones del mismo tema. La Sala desestimó la no arbitrabilidad sostenida por SOGECABLE, que pretendía que los particulares acudiesen a la vía administrativa del Servicio de Defensa de la Competencia. La Sala dijo:

Pero si un tercero pretende en base a dichas condiciones, aceptadas por Sogecable, realizar una contratación con esta, relativa a la comercialización de determinados canales, esta pretensión es indiscutiblemente de Derecho Privado, no encontrando este Tribunal que pudiera tener acogida en los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso-administrativo, laboral o militar.

- **SAP Vizcaya (4) de 28-6-2007** (repertorio La Ley 193215/2007), en un caso de partición de una herencia la Sala rechazó el motivo de anulación del laudo que decía que el árbitro había resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje:

En todo caso, la rendición de cuentas del albacea no es tampoco cuestión de orden público, por cuanto queda dentro de las obligaciones y derechos de las partes, son cuestiones privadas entre los herederos y albacea, nunca calificables como de orden público.

- **SAP Granada (5) de 8-4-2008** (repertorio La Ley 144846/2008) se refirió a la arbitrabilidad de forma generalista:

Como primer razonamiento, se ha de decir que un laudo es nulo si los árbitros deciden sobre materias o cuestiones que no puedan ser objeto de arbitraje. Se ha de hacer, pues, un somero examen de aquello que, si fuera sometido a arbitraje, provocaría la nulidad del auto. En Derecho de las personas, las normas del estado civil se caracterizan por estar sustraídas a la disposición individual, de lo que se deriva que son facultades irrenunciables (toda vez que están fuera del comercio de los hombres) y que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas. [...] En cambio, si se pueden someter a arbitraje las consecuencias puramente patrimoniales derivadas del estado civil (STS 17-6-1944). [...] En Derecho de cosas la regla general es la de la disponibilidad según establece el art. 1271 CC: «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres». En este sentido, se ha de señalar la STS de 22-1-1972. En Derecho de obligaciones se han de destacar, por su importancia, los problemas relativos a los arrendamientos urbanos. La legislación arrendaticia ampara ciertos derechos de naturaleza irrenunciable, lo que supone su exclusión del arbitraje (STS 4-5-1962). [...] En Derecho de familia las normas que lo regulan, al igual que el Derecho de las personas, tienen, por lo general, la consideración de orden público, o, en otras palabras, los derechos de familia son, por lo común, inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, lo que significa la no arbitrabilidad de las cuestiones relativas al matrimonio, paternidad, filiación, alimentos, relaciones paterno-filiales, tutela, etc... En Derecho de sucesiones es admisible el arbitraje testamentario en aquellas cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia entre herederos forzosos o legatarios. Las legítimas no pueden someterse a arbitraje (STS 28-10-1933). Tampoco es susceptible de arbitraje la declaración de herederos *ab intestato* (STS 2-10-1946) ni las herencias futuras (STS 14-3-1974). Por lo que respecta al Derecho Mercantil, en STS 27-1-1953, se ha señalado que las cuestiones mercantiles son de Derecho privado y pueden someterse al juicio de amigables componedores.

La Sentencia termina resolviendo que el contrato de franquicia, que era el objeto del convenio arbitral, era susceptible de arbitraje y, por ende, el laudo no era nulo.

- **SAP Toledo (2) 25-9-2008** (repertorio La Ley 265108/2008); declara susceptible de arbitraje la división de la cosa común recibida por herencia o donación. Se

trataba en este caso de una casa recibida en herencia, al que la parte recurrente aludía que era no arbitrable por imperativo del art. 400 CC (acción de división).

- **Auto AP Lleida (2) 28-1-2009** (repertorio La Ley 18696/2009), con cita de las SAP Córdoba (1) 23-07-2001 y SAP Murcia 29-12-1999, donde se planteó una declinatoria no de competencia territorial sino de competencia jurisdiccional, y declaró la Sala que aunque la Disposición Adicional de la Ley 12/1992, del régimen jurídico del contrato de agencia establezca que «la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario». Eso no impide que sea una materia que pueda ser sometida a arbitraje, lo cual es diferente al carácter imperativo del fuero territorial jurisdiccional.
- **Auto AP Sevilla (6) 29-7-2009** (repertorio La Ley 232388/2009), también resolvió sobre el contrato de agencia arriba mencionado.
- **SAP Vizcaya 18-2-2010** (repertorio La Ley 118195/2010) hace un estudio sobre las materias arbitrables y no arbitrables conforme a las materias de «libre disposición» a que se refiere el art. 2 de la LA 1988 (similar a la SAP Granada de 8-4-2008, citada ut supra). Es interesante el acotamiento que hace esta sentencia al decir que aunque una materia pueda ser disponible no significa que sea arbitrable por poder afectar a otros intereses:

No es materia de libre disposición conforme a Derecho [...] aquellas cuya disposición por una parte pueda perjudicar a tercero, pues de igual modo que la renuncia no es válida si perjudica a terceros (art. 6.2 CC), el arbitraje tampoco lo es si la decisión que recaiga no afecta exclusivamente a las partes en el convenio arbitral, celebrado en el ámbito de la autonomía de la voluntad negocial (art. 1255 CC), sino a terceros, o al interés, o al orden público. Sin embargo, interés y orden público no deben identificarse con regulación de derecho público ni imperativo, porque hay materias que, aun participando de ese carácter, pueden ser objeto de libre disposición por las partes.

4. ATRIBUCIÓN IMPERATIVA DE JURISDICCIÓN. SUPUESTOS ESPECIALES DE INARBITRABILIDAD³⁹⁶

Tal y como hemos visto, el Tribunal Constitucional concibe el arbitraje privado como equivalente jurisdiccional. Por ello, la Doctrina y la Jurisprudencia suelen ser favorables a aplicarlo como «herramienta de solución de conflictos»³⁹⁷. No obstante, existen materias en que, pese a pertenecer al ámbito del *ius disponendi*, las controversias suscitadas no pueden someterse a arbitraje, ya que, «por razones de interés público, la ley exige su sometimiento a la jurisdicción ordinaria»³⁹⁸ como sucede con los arbitrajes laborales (1.4 LA) o, *a sensu contrario*, las materias que no sean susceptibles de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1 LA).

En este apartado estudiaremos los dos supuestos más «interesantes»³⁹⁹ o «problemáticos»⁴⁰⁰ que se plantean en el Derecho español:

- a. Arrendamientos.
- b. Sociedades.

a. ARBITRAJE EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS⁴⁰¹

En este tema del convenio arbitral en materia de arrendamientos hay un antes y un después de la entrada en vigor (6 de junio de 2013) de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de

³⁹⁶ Para un estudio más a fondo sobre este tema de la competencia exclusiva *vide* «Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización», GONZÁLEZ QUIROGA, Marta, Ed. Universidad Juan Carlos I. Madrid, 2003. *Exclusividad, Obligatoriedad o Imperatividad*. Igualmente de la misma autora, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

³⁹⁷ ISCAR DE HOYOS, Javier, «El arbitraje privado en los arrendamientos urbanos», en MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2009), pág. 357.

³⁹⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 109.

³⁹⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 109.

⁴⁰⁰ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 45.

⁴⁰¹ La arbitrabilidad de los conflictos arrendaticios ha sido objeto de controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto por las reglas de carácter imperativo de las leyes que trataban del arrendamiento como por los procesos especiales que lo regulaban. En su momento fue un referente la obra de los profesores GUILARTE ZAPATERO, Vicente, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, ALONSO y ROYANO, Félix y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *El arbitraje en los arrendamientos urbanos*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992.

medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134 de 5 de junio). Veamos en primer lugar la discusión doctrinal antes de la entrada en vigor de esta ley, que es muy reciente.

1. La regulación del convenio arbitral en los arrendamientos urbanos antes del 6 de junio de 2013⁴⁰²

En principio, el art. 1561 de la LEC de 1881 atribuía el conocimiento exclusivo de los juicios de desahucio a la jurisdicción ordinaria; no es extraño, pues, que el art. 120 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU) declarara que «el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley, corresponderá a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria».⁴⁰³

En consecuencia, se originó toda una Jurisprudencia que excluía el arbitraje del juicio de desahucio; así, entre otras, la STS de 28 de febrero 1962.⁴⁰⁴

Si bien la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU), nace con otra visión, tal y como queda reflejado en su Exposición de Motivos (punto 5):

En la regulación de los procesos arrendaticios se establece que la competencia para conocer de las controversias corresponde, en todo caso, al Juez de Primera Instancia del lugar donde esté sita la finca urbana, excluyendo la posibilidad de modificar la competencia funcional por vía de sumisión expresa o tácita a Juez distinto.

*Esto no obsta para recordar la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral.*⁴⁰⁵

⁴⁰² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 95 y ss. resumía así la confusión generada: Las dudas existentes sobre la arbitrabilidad en materia de arrendamientos fueron suavizadas por la actual LAU de 1994, pues en su art. 39.5 se reconocía que «las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los Tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre». Sin embargo, subsistía el art. 1561 de la LEC que establecía la competencia exclusiva de la jurisdicción para conocer en materia de desahucio. Además, la disposición adicional séptima de la LAU 29/1994 introdujo una modificación en la entonces vigente LA 36/1988 incorporando un apartado 3 a su art. 30 que decía: «En los procedimientos arbitrales que traigan causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a falta de pacto expreso de las partes, los árbitros deberán dictar el laudo en el término de tres meses, contando como dispone el número 1 de este artículo». A todo esto hay que añadir que la LEC actual, de 7 de enero de 2000, confundió más el panorama al derogar, mediante su disposición derogatoria única, la totalidad del art. 39 LAU citado, y con ello eliminó, al menos en la regulación positiva, la habitabilidad de las controversias sobre arrendamientos.

⁴⁰³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 110.

⁴⁰⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 109.

Apoyo a la figura del arbitraje que sería refrendado con la posterior derogación del art. 1561 de la LEC de 1881.

a. Posturas doctrinales

La pregunta subsiguiente es, por tanto, si cabe el arbitraje privado⁴⁰⁶ entre propietario e inquilino. Así, podemos encontrar dos grandes «posturas doctrinales»:

1ª. La mayoritaria, casi unánime, que admitía «la inclusión del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, incluyendo el controvertido punto del desahucio en viviendas por falta de pago de rentas»⁴⁰⁷. Así las cosas, comenzó la doctrina a escribir artículos doctrinales al respecto. MERINO MERCHÁN publicó en el año 1996 un artículo⁴⁰⁸ sobre el estado de esta cuestión con las siguientes conclusiones:

1. La incorporación del arbitraje articulado en la LAU es una manifestación más del paradigma emergente de la institución en la legislación especial (consumidores y usuarios, seguros, transportes, propiedad intelectual, cooperativas, deportes).
2. Hay que reconocer como dato positivo y fructífero la oportuna incorporación del arbitraje en la LAU.
3. La LAU sitúa el arbitraje en términos de paridad con respecto a los procesos arrendaticios (cognición, desahucio y verbal) concibiéndose como una alternativa opcional, válida y eficaz.
4. El definitivo abandono del criterio procesalista o jurisdiccional como factor determinante de la controversia arrendaticia sitúa la utilización de la vía arbitral sobre parámetros exclusivamente materiales o sustantivos, teniéndose que decir a este respecto que el arbitraje no significa en sí mismo una renuncia previa de derechos o situaciones jurídicas predeterminadas (vengan reconocidas legal o convencionalmente), sino solo el apartamiento *ex officio iudicis* del proceso estatal, justamente por el ejercicio de un derecho de igual grado, como es el poder de acudir a la heterocomposición privada (arbitraje).

⁴⁰⁵ ISCAR DE HOYOS, J., «El Arbitraje privado en los Arrendamientos Urbanos», en MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral...* op. cit. pag.357.

⁴⁰⁶ No nos estamos refiriendo a la modalidad de arbitraje que se establece en el art. 34 de la vigente LAU, el cual dispone el derecho del arrendatario a una indemnización por cuenta del arrendador, cuando se trate de la extinción transcurrido el término convenido, del arrendamiento de una finca en la que, durante los últimos cinco años, hubiese venido ejerciendo el arrendatario una actividad comercial de venta al público. Este artículo establece la forma de determinación de la indemnización y a falta de acuerdo ente las partes sobre la cuantía de la misma, esta «será fijada por el árbitro designado por aquellas». Vide «art 34», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 5ª edición, Edit. Aranzadi, 2010, págs. 883-898.

⁴⁰⁷ MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 358, art. cit. ISCAR DE HOYOS, J.

⁴⁰⁸ MERINO MERCHÁN, J., *El arbitraje en la Ley de arrendamientos urbanos*, op. cit. págs. 1530-1537.

5. En correlación con la conclusión anterior, está la determinación del ámbito de arbitrabilidad de la relación arrendaticia, Siendo procedente establecer que no existen zonas inmunes al arbitraje, ni siquiera cuando de normas imperativas arrendaticias se trata, a condición de que el laudo se haya dictado con sujeción a derecho, porque en tal caso bastará con que el árbitro en su argumentación jurídica se atenga a los contenidos normativos imperativos para formular su laudo. Por el contrario, si el laudo es de equidad, el árbitro, al no encontrarse necesariamente vinculado a ningún tipo de norma sustantiva (solo el orden público) que habrá de entenderse como orden público constitucional (valores, principios, derechos y libertades), no podrá resolver sobre materias de absoluta inderogabilidad para la voluntad de las partes (en el arrendamiento de viviendas lo dispuesto en los Títulos I, IV y V, y en aquellos para uso distinto del de vivienda, en los títulos IV y V).
6. La remisión en bloque operada desde la LAU 1994 a la LA 1988, determina que los supuestos de inarbitrabilidad contenidos en el art 2.1 de esta última sean ahora los únicos (y últimos) teóricos límites de la indisponibilidad en materia arrendaticia, y ello con las matizaciones formuladas más atrás, entre las que cabe destacar las siguientes:
 - a. Que las resoluciones judiciales recaídas en los procesos arrendaticios solo vetan al arbitraje cuando sean firmes y definitivas, y dejando siempre a salvo los aspectos derivados de su ejecución, que serán arbitrables.
 - b. En las materias conexas habrá que atender el «elemento preponderante» y su incidencia sobre el fondo de la controversia como factor decisivo para determinar el grado de arbitrabilidad de la materia arrendaticia. En cuanto a la prejudicialidad penal, la interrupción de la actuación de los árbitros solo procederá en términos generales cuando se dicte una sentencia firme y definitiva de ese orden judicial.

MARCOS FRANCISCO⁴⁰⁹, puso de relieve las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, pero tras la reforma de 2011 opinaba que «la última línea jurisprudencial de las Audiencias Provinciales parecía decantarse por la arbitrabilidad de los conflictos de arrendamientos, sin que la existencia de normas imperativas, sustantivas o procesales en sede de desahucio y arrendamientos urbanos sea óbice para ello».

Por su parte, SAN CRISTÓBAL REALES⁴¹⁰ opinaba que, siendo la materia arrendaticia una materia disponible, tanto si su regulación sustantiva es «imperativa como

⁴⁰⁹ MARCOS FRANCISCO, Diana, *La resolución de los litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios*, Diario La Ley, núm. 7624, 6-5-2011, referencia La Ley 5992/2011.

⁴¹⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «El arbitraje en materia arrendaticia», en *Las reformas de las acciones arrendaticias*, Edit. La Ley, Madrid, 2010, referencia La Ley 13887/2011.

dispositiva, es posible por la autonomía de la voluntad, el sometimiento a arbitraje, tanto de Derecho como de equidad».

MERINO MERCHÁN Y CHILLÓN MEDINA⁴¹¹, opinaban que la derogación del art. 39 de la LAU, a la que llaman «derogación formal» no invalidaba la utilización de los arbitrajes en todos los litigios. Según su opinión, en los arrendamientos de vivienda, salvo en los suntuarios, el laudo, si es de Derecho, debe atenerse a su fundamentación y fallo a los contenidos normativos imperativos de la LAU, y añaden que, si los árbitros deciden en equidad, se establecerá una zona inarbitrable constituida justamente por los referidos contenidos normativos imperativos.

BONACHERA VILLEGAS⁴¹² aceptaba la validez del pacto arbitral arrendaticio, con la salvaguarda de la aplicación del criterio de disponibilidad material consagrado en la Ley de Arbitraje. Esta autora citaba como materias disponibles en el arbitraje las siguientes: conflictos en torno al subarriendo, especialmente la utilización de la finca subarrendada a un fin distinto del arrendado; conflictos sobre la duración del arrendamiento salvo la prórroga forzosa que la considera indisponible; conflictos en torno al derecho de subrogación; conflictos en torno al precio del arrendamiento, actualizaciones y elevaciones por las obras de mejora; conflictos en torno a la indemnización en caso de desistimiento del contrato por el arrendatario, entre otros.

DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴¹³ opinaba que los conflictos en materia de arrendamientos urbanos podrían quedar sometidos, no al régimen de la Ley de arbitraje, sino al de arbitraje de consumo.

En este sentido debemos entender la STS número 355/1998, de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984 y TOL.169.907), siendo Ponente el Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que admite la validez de los estatutos de la sociedad en los que se incluye una cláusula

⁴¹¹ MERINO MERCHÁN, José F. Y CHILLÓN MEDINA, José M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Edit. Civitas, 2006, pág. 398.

⁴¹² BONACHERA VILLEGAS, Raquel, *Los arbitrajes especiales*, Edit. Civitas, Navarra, Cizur Menor, 2010, págs.. 68-69.

⁴¹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 98. TASENDE CALVO, Julio José, opinaba que se trataba en estos casos de un arbitraje de consumo atribuyendo al arrendatario la condición de consumidor, como destinatario final del inmueble utilizado, siendo el arrendador una persona física o jurídica dedicada al negocio de concertar arrendamientos con particulares, en *El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de Transporte*, Actualidad Civil, 1997-4, págs. 964.

arbitral (fundamento de derecho segundo) y la arbitrabilidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales (fundamento de derecho cuarto)⁴¹⁴.

Se trata de una sentencia que, pese a referirse al arbitraje societario, contiene unos fundamentos que son aplicables al arrendamiento.

Pero dejemos hablar a la sentencia:

La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 de octubre 1956 (RJ 1956/3194) cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968 (RJ 1968/550), 21 de mayo 1970 (RJ 1970/3584) y 15 octubre 1971 (RJ 1971/3956); actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

Así, según ISCAR DE HOYOS⁴¹⁵:

Aplicando esta doctrina no quedan excluidos del arbitraje ni del convenio arbitral los contratos de arrendamiento de vivienda, sin perjuicio de que los árbitros no deban excederse de los extremos que están fuera del poder de disposición de las partes, como los estipulados en el Título II [de la LAU] o el derecho a enervar el desahucio, dado que el laudo podría ser anulado total o parcialmente. Si un árbitro no otorga al inquilino el derecho a consignar con carácter enervatorio las rentas o no concede la prórroga forzosa al inquilino o vulnera cualquier norma imperativa de dicho Título II, el laudo podrá ser anulado, pero el convenio arbitral será válido.

⁴¹⁴ MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 358, art. cit. ISCAR DE HOYOS, J. Que hace notar que esta STS citada *ut supra* sigue el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18.febrero.1988.

⁴¹⁵ ISCAR DE HOYOS, J., «El arbitraje privado en los Arrendamientos Urbanos», en MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 359.

- 2ª. La postura contraria⁴¹⁶ se basa en que las normas del Título II de la LAU y el derecho a enervar el desahucio no son materias de libre disposición, ya que, según el art. 6 de la LAU:

Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título II, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice.

Ahora bien, ni la irrenunciabilidad previa de los derechos sustantivos del Título II de la LAU ni el carácter de *ius cogens* de sus normas pueden excluir «la disponibilidad para las partes de las controversias surgidas en torno a ellos, de cara a su sometimiento a arbitraje»⁴¹⁷; ya que según el art. 19.1 de la LEC (después del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles):

Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, *excepto* cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones *por razones de interés general o en beneficio de tercero*.

Por tanto, solo cabrá la exclusión cuando la imperatividad o irrenunciabilidad se establezca «por motivos de orden público o en evitación de perjuicios a terceros extraños a la relación jurídica controvertida»⁴¹⁸.

b. Posturas jurisprudenciales

Hacemos ahora una pequeña «selección de resoluciones judiciales» recaídas en materia que pueden dar más claridad al planteamiento anterior:

En primer lugar, es interesante traer a colación la siguiente sentencia del TS sobre un tema de nulidad de laudo arbitral.

- **STS 21-3-1985**, Civil, Repertorio ROJ STS 683/1985 y CENDOJ 28079110011985100296), porque hace un considerando sobre la disponibilidad extensiva de las materias arbitrables, y la Sala sentó la observación, que luego repetiría en su jurisprudencia, de que «no es aceptable confundir el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados (no públicos) de los

⁴¹⁶ ISCAR DE HOYOS, Javier, «El arbitraje privado en los Arrendamientos Urbanos», en MERINO MERCHÁN, J., *Curso de Derecho Arbitral...* op. cit. pag.358.

⁴¹⁷ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 48.

⁴¹⁸ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 48.

que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia».

- **STS 14-7-1989** (repertorio ROJ STS 14751/1989), estudió el arbitraje de un conflicto derivado de la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio; la Sala declaró la materia arbitrable y dijo:

Porque es materia de la libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une, y, por otro, porque los árbitros se pronunciaron sobre la validez del referido acuerdo, conforme se les había pedido, una vez que consideraron probado que la arrendataria única del local era la señora P., por lo que se hallaba plenamente legitimada para pactar con la arrendadora el mencionado acuerdo.

- **SAP Granada (3) 29-10-1999** (repertorio La Ley 150837/1999):

Es materia de libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une. Si a todo ello se añade que el RDL 2/1985, de 30 de abril, suprimió la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento, que era la única materia en la que la jurisprudencia ha sido remisa de poder ser dispuesta por las partes, habrá que concluir con la desestimación del primero de los motivos opuesto por la parte apelada para que sea acogida la excepción.

- **SAP Madrid (13) 14-9-2001** (repertorio La Ley 160592/2001): esta resolución judicial no manifestó ninguna restricción o reserva alguna sobre el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia resultante de un contrato de arrendamiento en el que el convenio arbitral era de máxima amplitud.
- **Auto AP Valencia (7) 22-10-2007** (repertorio La Ley 216062/2007), declara ajustada a Derecho la decisión de las partes de someter a arbitraje la resolución de un contrato de arrendamiento.
- **SAP Madrid (9) 20-10-2010** (repertorio La Ley 228732/2010), estudia la legislación arbitral anterior, con aplicación de la nueva Ley de Arbitraje, declara que los conflictos derivados de un contrato de arrendamiento pueden ser sometidos por las partes a solución arbitral.
- **Auto AP Madrid (10) de 15-12-2010** (repertorio La Ley 276608/2010), aplicando la actual LA 2003, con cita de jurisprudencia del TS, Audiencias Provinciales de Barcelona, Vizcaya, Madrid y sentencias de la misma Sala dice:

Hemos declarado que el tema de la posibilidad de someter a arbitraje cuestiones relativas a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en especial las que atañen al arrendamiento de viviendas, por falta de pago de las rentas, siempre ha sido muy controvertido, si bien debemos

tener en cuenta que en el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje se expone que: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho [...] que partiendo de las anteriores consideraciones y atendiendo al carácter patrimonial de las normas concernidas por el arbitraje, no parece que la LAU haga indisponible la materia que regula, tanto más cuando se trata de determinar el cumplimiento contractual y, muy significativamente, el de la principal obligación del arrendatario, sin que en la suscripción del convenio arbitral se advierta ninguna situación de privilegio o abuso para el propietario que solo persigue la obtención de la contraprestación pactada por la cesión del uso y disfrute de la vivienda de la que es titular, y sin que en el caso se haya observado por la parte arrendataria una conducta dirigida a consignar la suma en cuyo impago se sustentaba la demanda de arbitraje».

- **Auto AP Madrid (13) de 22-12-2011**, con cita de resoluciones anteriores, en una resolución donde puso de relieve que en el objeto del arrendamiento de un local de negocio se acentúa la libertad de las partes para regular el contenido normativo del contrato dijo que «la resolución del contrato de arrendamiento de fincas urbanas no es materia indisponible para las partes. En consecuencia, no es controversia excluida del arbitraje, conforme al art. 2 de la Ley de Arbitraje de 2003. El arrendador puede no ejercitar la acción de desahucio por el impago de las rentas, pero el arrendador puede reducir el importe de la renta para que el arrendatario pueda mantenerse. Puede también el arrendador no denunciar el vencimiento del plazo y, por supuesto, renunciar al desahucio ganado. En la regulación del contrato de arrendamiento de fincas urbanas existen normas de carácter imperativo (art. 4 de la ley locativa de 1994) que no impiden la disposición del derecho una vez adquirido, al no tratarse de cuestiones de orden público insoslayable, luego ningún impedimento legal existe para que las diferencias que puedan surgir del desarrollo de una relación arrendaticia se sometan a arbitraje con las restricciones establecidas en la legislación de defensa de consumidores y usuarios, que en el caso de estos autos no son de aplicación. La afectación de normas imperativas de competencia territorial en determinadas cuestiones no excluye la viabilidad del arbitraje, que, en suma, supone una voluntaria renuncia a la jurisdicción. Por otra parte, la derogación de los arts. 38 a 40 de la ley de Arrendamientos Urbanos establecida por la disposición derogatoria única, apartado dos, sexta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supone una exclusión del arbitraje en el orden material arrendaticio, sino una

supresión en la ley especial de normas procesales por razones de técnica legislativa».

- **Auto AP Madrid (9) 6-7-2012** declaró la posibilidad de someter a arbitraje de equidad controversias derivadas de un arrendamiento urbano, aplicando la LA 60/2003.
- **STSJ Cantabria** (Sala de lo Civil y Penal) 8-5-2012, con cita de varias sentencias del TS y con un estudio histórico de la legislación sobre arrendamientos y arbitraje hasta la actualidad, declaró que el arrendamiento es materia arbitrable.

2. La nueva regulación del convenio arbitral en los arrendamientos urbanos post 6 de junio de 2013⁴¹⁹

El 6 de junio de 2013 entra en vigor la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134 de 5 de junio) que modifica varios artículos de la LAU del año 1994, de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y dispone otras medidas. En lo que al convenio arbitral se refiere, destaquemos los siguientes aportes de esta ley:

1. La actual primacía de la voluntad de las partes y la libertad de pactos en los arrendamientos urbanos; frente al carácter imperativo de la anterior regulación de la LAU.
2. La sumisión al arbitraje y a la mediación. La nueva ley prevé expresamente la posibilidad de que las partes puedan someter sus controversias a arbitraje o mediación. Supliendo el vacío que la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil dejó al derogar los artículos 34.1 y 39.5 de la LAU de 1994.

⁴¹⁹ Ya antes de esta ley 4/2013 nuestros tribunales admitían el convenio arbitral en materia de arrendamientos bajo la vigente LA 60/2003. Vide por ejemplo, entre muchas, la SAP Madrid, sección octava, 23 enero 2012, ROJ: 521/2012. Resumidamente, en este caso los actores habían pactado un convenio arbitral bajo la actual LA 60/2003 para resolver las controversias relativas a su contrato de arrendamiento. Surgida una controversia y habiéndose reclamado ante un tribunal arbitral este dictó laudo arbitral dando la razón al arrendatario demandante. El arrendador impugnó el laudo arbitral a través del recurso de anulación alegando la nulidad del convenio arbitral. La AP rechazó el recurso dictaminando que los árbitros, conforme al artículo 22 de la LA, tienen la potestad para declararse competentes y para declarar la validez o nulidad del convenio arbitral. La AP en esta sentencia acepta el arrendamiento como materia arbitrable.

3. Las notificaciones mediante correo electrónico. Las partes pueden señalar una dirección de correo electrónico para sus notificaciones; siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y su contenido, quede constancia fehaciente de su remisión y recepción y del momento en que se hicieron.

Es, por tanto, una ley aperturista y liberal de la regulación del arrendamiento, queriendo dejar la regulación del mismo, siempre que se pueda, en manos de las partes. Ya en su Exposición de Motivos adelanta el legislador patrio la aceptación del arbitraje en los arrendamientos:

La Ley señala en su Preámbulo I que «el mercado de alquiler en España [...] o la oferta de viviendas de alquiler [...] no es competitiva» y que, como «además, nuestro mercado arrendaticio se caracteriza fundamentalmente por las relaciones personales entre arrendador y arrendatario» se requiere de la «la búsqueda de mecanismos de flexibilización y dinamización de este mercado». En definitiva, se busca que las partes sean quienes mejor regulen sus relaciones.

El Preámbulo II de la Ley 4/2013 establece *expressis verbis* que «Esta ley tiene, por tanto, el objetivo fundamental de flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo. Tal objetivo se busca mediante la modificación de un conjunto de preceptos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que supone la actuación de los siguientes aspectos fundamentales: el régimen jurídico aplicable, reforzando la libertad de pactos y dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II».

En concreto, y a los efectos que nos interesan sobre su incidencia en el convenio arbitral, la Ley modifica el artículo 4 de la LAU que queda redactado así:

1. Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo.
2. Respetando lo establecido en el apartado anterior, los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.
4. La exclusión de la aplicación de los preceptos de esta ley, cuando ello sea posible, deberá hacerse de forma expresa respecto de cada uno de ellos.
5. Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquellas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje.
6. Las partes podrán señalar una dirección electrónica a los efectos de realizar las notificaciones previstas en esta ley, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron.

Conforme al apartado 1 de este artículo 4, los arrendamientos tienen ahora una regulación de *ius cogens* basada en el carácter imperativo de los títulos I y II, esto es, el ámbito de la aplicación de la ley y las disposiciones comunes, pero desaparece la mención a la imperatividad del título V relativo a los procesos arrendaticios y cuestiones de competencia jurisdiccional porque su articulado ya fue derogado por la LEC del año 2000.

También el número 2 de este artículo 4 sufre una modificación, y ahora se establece que «Los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el código civil».

El mismo apartado 2 de este artículo 4 en la redacción anterior decía:

Respetando lo establecido en el apartado anterior, los arrendamientos de vivienda se rigen por lo dispuesto en el Título II de la presente ley, en su defecto, por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por lo dispuesto en el código civil. Se exceptúan de lo así dispuesto los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Estos arrendamientos se regirán por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título II de la presente ley y, supletoriamente, por las disposiciones del código civil.

Como se ve el principio general que ahora impera, es en primer lugar la voluntad de las partes, respetando los principios del título II de la Ley, y supletoriamente el código civil, cuando en la redacción anterior era justo al revés. También podemos decir que la

excepción que contemplaba la legislación anterior para las viviendas de más de 300 metros cuadrados, en la que primaba la voluntad de las partes, se ha convertido ahora en regla general.

El Título II de la LAU se refiere al arrendamiento de viviendas, y trata de las normas (algunas imperativas)⁴²⁰ sobre: la cesión del contrato de arrendamiento, el subarriendo, la duración del contrato y su prórroga, la resolución del contrato, la enajenación de la vivienda, sobre el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario en casos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, sobre los efectos en el contrato de arrendamiento en caso de muerte del arrendatario y el uso de la vivienda por los familiares sobrevivientes, sobre la cuantía de la renta y su actualización así como su pago, sobre los gastos de la vivienda, las obras de mejora y mantenimiento, la extinción del contrato, etc.. Temas muy interesantes sobre los que las partes, arrendador y arrendatario, pueden establecer, como dice este artículo, sus propios «pactos, cláusulas y condiciones» en su convenio arbitral para resolver sus conflictos.

El número 3 del artículo 4 se refiere a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda y se regulan por los pactos de las partes y en su defecto por el Título III de la Ley. Aquí se aplican *mutatis mutandis* las mismas orientaciones que para los arrendamientos de viviendas, esto es, salvo las disposiciones de *ius cogens*, rigen el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

A pesar de regir el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el apartado 4 de este artículo 4 exige que se haga de forma expresa la exclusión de los preceptos de la ley, obviamente los no imperativos. En el caso de un convenio arbitral para resolver conflictos sobre arrendamientos, la jurisprudencia va a tener que hacer una interpretación sobre el alcance de los requisitos de esa «forma expresa de exclusión». No creemos que, como ya en este trabajo se ha estudiado, se requiera la forma escrita, si no cualquier forma en que quede constancia de la voluntad de las partes sobre la exclusión de la ley. En este sentido, entendemos que cabrá la forma tácita también. La jurisprudencia ha ido interpretando las leyes de regulación del arbitraje en un sentido más acorde a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3 CC.); así, por ejemplo, recordemos como si bien la jurisprudencia más antigua exigía para la validez del convenio arbitral que las partes declarasen expresamente en el mismo su voluntad de someterse al laudo arbitral

⁴²⁰ Otras son normas de orden público; así, por ejemplo, no se puede pactar en el convenio arbitral sobre el tipo de relación afectiva de los inquilinos, conforme al nuevo art. 24 de la LAU.

que recayese, posteriormente esta cambió su criterio y estimó que para la validez del convenio arbitral ya no hacía falta declarar expresamente esa voluntad de someterse al futuro laudo arbitral, pues era esta una afirmación tácitamente contenida y sobreentendida al firmar un convenio arbitral.

El nuevo apartado 5 de este artículo 4 declara expresamente la posibilidad de las partes de pactar la sumisión a un arbitraje o a una mediación de «aquellas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos», y declara como legislación aplicable «la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje»; esto es una remisión expresa a la actual Ley 60/2003 y a la Ley 5/2012, aquí estudiadas. Por lo tanto, las dudas anteriores sobre la posibilidad de suscribir un convenio arbitral en los arrendamientos quedan aquí totalmente disipadas, incluidos los desahucios, no obstante lo referido en los artículos 52.1 regla 7ª y 54.1 de la LEC. En este sentido entendemos que serán de aplicación las nuevas reglas del nuevo artículo 22.4 de la LEC, también reformado por esta ley 4/2013⁴²¹. Además apoya esta tesis la aplicación analógica de los apartados 2 y 3 del artículo tercero de esta Ley 4/2013, que regula el nuevo Registro de las sentencias firmes por impagos de rentas de alquiler. El apartado 2 citado establece la obligación del secretario judicial de remitir a dicho Registro las sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler en un procedimiento de desahucio. Su apartado 3 establece que «en el mismo sentido, los órganos de arbitraje competentes deberán de poner en conocimiento de dicho Registro los datos relativos a aquellas personas que hayan sido declaradas responsables del impago de rentas de arrendamiento, por medio de laudo arbitral dictado al efecto»; por lo que en ambos casos se contempla, a nuestro entender, un impago por desahucio, en un órgano jurisdiccional y en arbitraje.

El nuevo apartado 6 del artículo 4 citado se refiere al lugar de las notificaciones en las controversias entre arrendador y arrendatario, declarando la posibilidad de una dirección electrónica, siempre que «quede constancia fehaciente de la remisión y

⁴²¹ Aunque este precepto no lo diga *expressis verbis* entendemos igualmente aplicable al arbitraje la posibilidad de enervación del desahucio cuando el arrendatario pone a disposición del notario el importe reclamado de la renta, además de ante el árbitro. En el mismo sentido entendemos aplicable al arbitraje la excepción del párrafo segundo de este artículo 22 LEC de no poder enervar el desahucio ante un arbitraje si es la segunda vez que el arrendatario intenta enervar el desahucio por falta de pago de la renta, salvo en caso de culpa del arrendador, o cuando hubiese sido requerido fehacientemente el pago treinta días antes de presentación de la demanda. De todas formas, en el convenio arbitral entiendo que se pueden pactar estos requisitos y sus excepciones, pues no parece que sean de *ius cogens* ni de orden público.

recepción íntegras y del momento en que se hicieron». Sobre este particular, nos remitimos al estudio sobre la forma del convenio arbitral en este mismo capítulo.

La disposición transitoria primera de la misma contempla la posibilidad de aplicar la nueva ley de arrendamientos urbanos a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la misma cuando lo acuerden las partes, por lo que un arrendamiento anterior a esta ley podrá resolverse por arbitraje si las partes así lo acuerdan, conforme a las disposiciones de la nueva ley.

La Disposición final primera establece el carácter estatal y supletorio de esta ley para todo el Estado Español.

Para terminar este apartado sobre el convenio arbitral y los arrendamientos, apuntemos un tema novedoso de esta nueva ley 4/2013, de 4 de junio, como es el regulado en su artículo tercero por el que se crea el «Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler», cuya organización y funcionamiento se regulará por Real Decreto. La finalidad de este Registro es ofrecer información general sobre los riesgos que supone arrendar inmuebles a arrendatarios incumplidores de su pago de rentas. Para ello, el apartado 2 de este artículo tercero dispone que el secretario judicial remitirá a dicho Registro la información de las personas que hayan sido condenadas por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del artículo 250.1.1º o del artículo 438 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El apartado 3 de este artículo tercero impone la misma obligación de información que se dispone para los secretarios judiciales a los órganos arbitrales competentes, los cuales deben poner en conocimiento de ese Registro los «datos relativos a aquellas personas que hayan sido declaradas responsables del impago de rentas de arrendamientos, por medio de laudo arbitral dictado al efecto». Para MERINO MERCHÁN⁴²², «su aplicación al arbitraje plantea serios inconvenientes» porque «la confidencialidad es un elemento configurador de la propia institución arbitral y porque el registro se denomina de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler y los laudos después de la reforma operada en la ley 11/2011, de 20 de mayo, han dejado de ser firmes, pues el laudo es siempre ejecutable, pero además, ocurre que la declaración por laudo del impago de una

⁴²² MERINO MERCHÁN, José Fernando, *¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?*, Revista El Notario del Siglo XXI, Nº. 52, Noviembre-Diciembre 2013, págs. 1-2.

renta de alquiler no tiene por qué suponer que se está en presencia de personas (arrendatarios) que tienen precedentes en el cumplimiento de sus obligaciones de pago».

Además, el artículo 24.2 de la LA establece la obligación de guardar la confidencialidad por parte de los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, al ser esta una de las razones por las que los ciudadanos acuden al arbitraje, donde rige el principio de privacidad o de puerta cerrada⁴²³. Al ser un principio sustancial, no requiere pactarse, pero sí que «necesitará de pacto expreso la no confidencialidad»⁴²⁴, que se podrá pactar en el convenio arbitral. Del incumplimiento de ese deber de confidencialidad se derivan responsabilidades, conforme al artículo 21 LA, y los artículos 199 y 417 del Código Penal.

Por el contrario, el principio de publicidad o de puerta abierta es el que rige en el proceso judicial, conforme al artículo 289 LEC y al artículo 120.1 CE, que establece que las actuaciones judiciales serán públicas, así como a los artículos 234 y 235 de la LOPJ, que autorizan a los secretarios judiciales y demás funcionarios competentes de la Oficina Judicial a dar información a terceros y a los interesados de cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, y que tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado.

El principio de la confidencialidad arbitral queda amparado por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 CC.). Y en cualquier caso, al acudir a un arbitraje se da por supuesto que las partes quieren que tanto las actuaciones arbitrales como el laudo arbitral que se dicte no sean públicos y se respete su confidencialidad, cuyo contenido está bien identificado en las cuatro reglas de la confidencialidad arbitral que contiene el reglamento de la OMPI⁴²⁵ y se refiere a:

⁴²³ Para MERINO MERCHÁN la obligación de guardar la confidencialidad que el art. 24.2 LA impone exclusivamente a los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales es débil porque olvida a los testigos, peritos y terceros que conozcan del arbitraje, a los que sí se les exige en otros reglamentos arbitrales internacionales, como los Reglamentos de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, de La Corte de Arbitraje Internacional de Londres, así como La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entre otros, que contienen normas sobre confidencialidad, salvo pacto en contrario. En cualquier caso, en el arbitraje internacional sí se requiere la publicidad de los procedimientos cuando una de las partes es un Estado soberano. Vide MERINO MERCHÁN, J. F., *¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?...* op. cit. pág. 3.

⁴²⁴ MERINO MERCHÁN, J. F., *¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?* op. cit. pág. 2.

⁴²⁵ Vide artículos 73 a 76 del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

1. La existencia misma del arbitraje.
2. La información divulgada durante la tramitación del arbitraje.
3. Al laudo y su contenido.
4. A las partes, árbitros, centro de arbitraje y las personas que hayan tenido acceso a las actuaciones arbitrales.

En ese contexto anterior es donde hay que enmarcar el alcance del apartado 3 del artículo tercero de la presente Ley 4/2013. En ese sentido habrá que esperar al Real Decreto que regule ese Registro de sentencias firmes de impagos de alquiler y de «los datos relativos a aquellas personas que hayan sido declaradas responsables del impago de rentas de arrendamientos, por medio de laudo dictado al efecto», para saber cómo será su organización y funcionamiento.

Para MERINO MERCHÁN⁴²⁶ esta obligación de informar solo se refiere a los arbitrajes internos y no a los internacionales. Y solo se referirá a los laudos dictados por impago de alquiler y no a los dictados por desahucio por cualquier otra razón. Y bastará un solo impago sin exigirse reincidencia.

La obligación de proporcionar los datos anteriores recae sobre los «órganos de arbitraje» (sic). No está claro quiénes son esos órganos. Desde luego no lo son los arbitrajes *ad hoc* ni los arbitrajes administrados por cortes institucionales. Más bien parece que se refiera a corporaciones de derecho público o entes públicos que cuenten con centros de arbitraje, y por lo tanto obligados a dar esa información al nuevo Registro creado. Así, lo serán, por ejemplo, los centros de arbitraje de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación que conforme a la reforma operada a su Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación por Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, son Corporaciones de derecho público que tienen entre sus funciones el poder desempeñar funciones de arbitraje mercantil. Igualmente esos órganos de arbitraje se referirán a las cortes arbitrales de los Colegios Profesionales regulados por Ley 2/1974, de 13 de febrero modificada por Ley 25/2009, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre) que tienen naturaleza de corporación pública. Actualmente está en tramitación en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales.

⁴²⁶ MERINO MERCHÁN, J. F., *¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?*, op. cit. pág. 4.

Por último, el precepto contempla la cancelación de los datos cuando la deuda fuera satisfecha, y en cualquier caso, cuando hayan transcurrido seis años. Además, la inscripción en el Registro tendrá la protección de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal⁴²⁷.

A continuación exponemos, dentro de este apartado, un pequeño estudio sobre el convenio arbitral y la problemática en torno a la propiedad horizontal.

3. Los conflictos derivados de la propiedad horizontal

Tampoco es un tema pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. BONACHERA VILLEGAS⁴²⁸ resume así las diferentes posturas doctrinales:

Doctrinalmente se adoptan tres posturas bien diferenciadas:

1. De un lado, hay quien niega la posibilidad de acudir al arbitraje por la indisponibilidad de la materia objeto de análisis.
2. De otro lado, hay quien admite tal posibilidad, al considerar que los conflictos que pueden surgir en materia de propiedad horizontal son en su conjunto materia dispositiva conforme a derecho.
3. Y, finalmente, hay quien matiza la postura anterior admitiendo el arbitraje, pero solo de derecho, ya que el árbitro debe decidir sobre la validez del acuerdo en atención a un precepto jurídico de aplicación imperativa, y no de acuerdo con su saber y entender.

Aunque la jurisprudencia ha sido vacilante, DE ANGEL YAGUEZ⁴²⁹, opina que, «No obstante, la línea que me parece dominante en los últimos tiempos es la de amplio reconocimiento de arbitrabilidad de los conflictos derivados de la propiedad horizontal. Lo que no quita para que los tribunales, como corresponde, pongan la debida atención en la forma en la que (si es el caso) está redactada la cláusula arbitral en los estatutos de la comunidad de propietarios».

- **STS 27-9-2006** (ROJ. 5499/2006), admite la validez y eficacia de una cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en los estatutos de una comunidad de propietarios, y se le dio «tan amplio alcance como para considerar incluida en

⁴²⁷ Y conforme al Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por el Reino de España el 27 de enero de 1984 (BOE 15 de noviembre de 1985) y las SSTC 202/1999 (TOL. 2107) y 290/2000 (TOL. 2270), entre otras.

⁴²⁸ BONACHERA VILLEGAS, R. *Los arbitrajes especiales*, op. cit. págs. 61-67.

⁴²⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. Pág. 109.

ella las reclamaciones que un miembro de la comunidad pudiera formular contra ella por daños personales sufridos al caer en la escalera del inmueble, por la existencia de agua en uno de sus rellanos».

- **STS 25-7-2007** (ROJ. 4499/2007), no dudó en declarar la posibilidad de someter a arbitraje un conflicto de propiedad horizontal. Pero declaró improcedente el arbitraje, por los términos en que estaba redactada la cláusula.
- **SAP Almería (sección 3ª) 25-4-2008** (repertorio La Ley 80152/2008), hace un estudio sobre las distintas posturas encontradas sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados de la propiedad horizontal:

A este respecto, no desconoce este Tribunal la existencia de criterios doctrinales heterogéneos en el seno de las Audiencias Provinciales, sosteniendo algunas de ellas (v.gr. SAP Teruel de 26-10-94 y Alicante de 1-6-2002) que ha de partirse de la imposibilidad de que pueda someterse a arbitraje una materia de derecho necesario como es la de Propiedad Horizontal, y ello con apoyo en el art. 2.1 de la actual Ley 60/2003 que, aun no excluyendo que se pueda acudir al arbitraje en el régimen de propiedad horizontal, es evidente que no cabría que se alteraran las normas imperativas de la LPH, por ejemplo, las obligaciones de cada propietario, la forma de convocar las juntas, el quórum para adoptar acuerdos, etc. Por lo tanto, no cabría un arbitraje sobre estas cuestiones, de ahí que acudir al «arbitraje» tenga limitaciones muy claras, máxime cuando el art. 6.2 del Código Civil niega validez a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos cuando sean contrarios al interés o el orden público o perjudiquen a terceros. Lo cual permite situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público.

Por el contrario, otro sector jurisprudencial al que se adscribe este Tribunal, considera que el límite del orden público establecido por el art. 6.2 CC. no puede identificarse con normas imperativas, y por tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la normativa goza de ese carácter imperativo.

- **SAP Valencia (sección 6ª) de 25-6-2008** (repertorio La Ley 152950/2009) dice:

Pues bien, partiendo de tal premisa, constatamos que la comunidad de propietarios de la Urbanización en fecha 12 de noviembre de 2006 aprobó en Junta General Extraordinaria sus nuevos Estatutos, en cuyo capítulo VIII, que lleva la rúbrica de cláusula de arbitraje, incluye el art. 44, el cual establece: «Todo litigio, discrepancia, o reclamación entre la comunidad de propietarios y algún o algunos de los copropietarios integrantes de la misma, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho administrado por la Corte de Arbitraje de Valencia, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de árbitros, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos, obligándose todos los integrantes de la comunidad de propietarios al cumplimiento del Laudo Arbitral que se dicte. Dentro de las

cuestiones a resolver por medio del sistema de arbitraje señalado en el párrafo anterior se encuentran incluidas las reclamaciones por incumplimiento de los preceptos estatutarios [...] y todas aquellas otras cuestiones que la ley permita su sometimiento a arbitraje».

Por lo tanto, sometida a la decisión de los árbitros una controversia existente ente la comunidad de propietarios Urbanización y uno de los propietarios integrantes de la misma, como lo es la mercantil Ecoviviendas del Mediterráneo, S.L., es indudable la existencia y validez del convenio arbitral desde la óptica que puede ser objeto de análisis en el presente proceso de impugnación de la validez del laudo.

- **Auto AP Madrid (sección 13ª) de 23-12-2011** en un caso de propiedad horizontal y arbitraje estimó un recurso de apelación contra un Juzgado que había denegado el despacho de la ejecución por causa de un laudo arbitral, la Sala dijo:

Si el art. 9 de la Ley de Arbitraje [60/2003] permite que el convenio arbitral pueda adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, con tal que exprese 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 (cualquiera que sea su clase o naturaleza), contractual o no contractual, es obvio que el acuerdo válidamente adoptado en Junta de Propietarios reúne los requisitos que este precepto exige, en cuanto expresa la voluntad común, y única atendible, de la Comunidad sobre un asunto de su competencia (art. 14 e) en materia económica en torno al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos generales y su exigibilidad. En definitiva, el acuerdo adoptado sobre una materia disponible y competencia de la Junta de propietarios de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, al referirse a las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común. Privar de eficacia, o licitud a la decisión adoptada en esta fase de admisión de la ejecución de un laudo arbitral firme, entrañaría la supresión de una facultad atribuida a la Junta por el art. 14 de la Ley de Propiedad Horizontal y dejar sin efecto un acuerdo de la propia Junta fuera del cauce impugnatorio que al efecto prevé el art. 18 de la misma ley.

En cualquier caso, parece obvio que, por la línea trazada por nuestro Tribunal Supremo sobre la amplitud y extensión de las materias arbitrables, los conflictos que se susciten en torno a la Propiedad Horizontal no ofrezcan dudas sobre su arbitrabilidad. Sin embargo, hay un punto en el que entiendo que se pueden generar dudas, y me refiero al caso de Estatutos de una Comunidad de Propietarios aprobados por los primeros dueños de esas viviendas en régimen de comunidad de propietarios donde se establece el sometimiento a arbitraje de todas las cuestiones suscitadas. Si, posteriormente, un dueño vende su propiedad o finca a una tercera persona o esta la adquiere por ejecución de una hipoteca, etc.; este nuevo dueño que se integra a la Comunidad de Propietarios y que en su

momento no firmó esos Estatutos, sino que le vienen impuestos por subrogación en la posición del vendedor al comprar en el mercado secundario una vivienda usada, ahora se le exige la renuncia, sin consultarle, para acudir a los tribunales, y la obligación de someter a un arbitraje cualquier controversia; y aquí, a mi entender, puede haber un conflicto con el art. 24 de la CE sobre la tutela judicial efectiva, al tener que renunciar a la vía judicial. Su posición no es la misma que el que firmó los Estatutos.

b. ARBITRAJE EN MATERIA DE SOCIEDADES

En esta materia, también, hay un antes y un después de la ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la ley 60/2003, de Arbitraje, que introduce en su Título II dos preceptos nuevos, el 11 bis y el 11 ter, relativos al arbitraje estatutario y a la anulación por laudo de acuerdos sociales inscribibles. Constituye esta una importante novedad cuya cabal comprensión y alcance requiere conocer los antecedentes históricos de la institución arbitral en el ordenamiento español⁴³⁰.

El principal problema que se planteaba en esta materia, bajo la vigencia de la Ley de 1988⁴³¹, consistía en la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales y de la nulidad de la Junta de accionistas. Por ello, surgió una respuesta jurisprudencial que podemos resumir del siguiente modo:

⁴³⁰ «De la importancia que tuvo el arbitraje en el Derecho histórico español da cuenta la Constitución de 1812, que reconoció en sus artículos 280 y 281, la facultad de las partes para acudir a ese medio de solución de conflictos, otorgando al laudo el mismo valor que una sentencia judicial. El liberalismo decimonónico nacido de la Constitución gaditana producirá un tratamiento tripartito del arbitraje que en nada beneficiará su desarrollo.

1. Por un lado, el arbitraje mercantil recogido en el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 y en la Ley de Procedimiento de las Causas Mercantiles de 1830, del mismo autor.
2. Por otro lado, se ubicará el compromiso como fuente del arbitraje tanto en el proyecto de código civil de 1851 de García Goyena como en el Código Civil definitivo de 1889, como un contrato.
3. Por otro, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 también regulará el juicio arbitral y el juicio de amigables componedores, como un procedimiento recogiendo un complicado sistema de recursos tanto de apelación ante la Audiencia como de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Este tratamiento tripartito del arbitraje, que en absoluto fue beneficioso para el mismo, no se vio superado por la Ley de Arbitraje de 1953, que si bien vino a poner fin a este triple tratamiento legislativo, lo hizo a costa de tomar partido por la tendencia conceptual-contractualista, fuertemente restrictiva y dentro de un formalismo exasperante, lo que hizo que se calificara de ley candado, particularmente para el reconocimiento y desarrollo del arbitraje societario», MERINO MERCHÁN, Fernando, *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, artículo publicado en Revista El Notario del siglo XXI, diciembre 2013, pág. 1.

⁴³¹ «Con la ley post-constitucional 36/1988, de Arbitraje, se trató de modernizar la institución poniéndola a la altura del Derecho comparado y de los tratados internacionales, y, para ello, se ampliaron las materias disponibles para poder arbitrar las materias mercantiles y las de carácter internacional, sin embargo esta norma fue incapaz de superar el formalismo y el nacionalismo rampante vigente en la legislación anterior. A pesar de ello, será bajo la vigencia de esta Ley de 1988 cuando se admita con toda franqueza el arbitraje en el ámbito corporativo, tal y como se proclama en la RDGRN de 19 de febrero de 1998 y en la STS de 18 de abril del mismo año», MERINO MERCHÁN, F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit., pág. 2.

La Ley de Arbitraje vigente cuando se estableció la mencionada cláusula, verdadero convenio arbitral, de sumisión a arbitraje es la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, y es conocida la doctrina última establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la aplicabilidad del arbitraje y por ende, del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad (Sentencia del Tribunal Supremo de 18-4-1998, que transcribe la demandada) donde viene a concluir que tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, en principio no quedan excluidas del arbitraje y por tanto del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ser anulado total o parcialmente su laudo.⁴³²

1. El arbitraje societario en la jurisprudencia de la Ley 36/1988

Pero veamos como la jurisprudencia anterior a la ley 11/2011, de 20 de mayo fue resolviendo las dudas sobre el arbitraje societario (también llamado estatutario o intrasocietario), y por ende sobre el convenio arbitral societario. Merece la pena aquí hacer una pequeña selección de los argumentos que nuestros tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales) y la Dirección General de los Registros y del Notariado usaban hasta hace muy escasos años para aceptar o rechazar el arbitraje societario. Queremos hacer notar que algunos de esos argumentos en contra de algunos casos de arbitraje societario aún subsisten en la doctrina actual a pesar de la nueva ley 11/2011.

- **STS 18 abril 1998** (repertorio TOL.169.908), que hemos citado varias veces en este trabajo, supuso un radical cambio de signo en la jurisprudencia, pues describió con claridad las líneas que hasta entonces se habían encontrado en la doctrina del propio Tribunal Supremo. Dijo el TS al respecto:

El problema específico y, que como tal es esencial en la sentencia de instancia, es la aplicabilidad del arbitraje y, por ende, del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad. El art. 1 LA 36/1988 de 5 Dic., de Arbitraje, dispone que el objeto del arbitraje deben ser materias de libre disposición, lo que ratifica el art. 2.1. b). La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima que la impugnación de acuerdos sociales no es materia más allá del poder de disposición de los sujetos; [...]. La sentencia de la Audiencia, por el contrario, mantiene que es materia que no es objeto de arbitraje; literalmente "la nulidad de Juntas generales e impugnación de acuerdos sociales, está sustraída a la posibilidad

⁴³² STS de 9 de julio de 2007, en resolución de un recurso de casación; Antecedentes de Hecho Primero (TOL.1.143.870).

del convenio de que hablan los arts. 1, 5 y 11 de la normativa citada, ya que los preceptos que regulan el procedimiento para la celebración de las Juntas en las sociedades anónimas están dictados en garantía de los socios accionistas y minorías frente a posibles abusos e irregularidades de los administradores, y desde luego no pueden considerarse «asuntos sociales» de los que habla el art. 16 de los Estatutos, y rigiéndose por normas de *ius cogens* constituye materia indisponible, según el espíritu que preside el art. 1 y 2 b) L 36/1988, pues el desarrollo futuro de las Juntas generales, con sus normas, sobre convocatoria, constitución, quórum o celebración de acuerdos, así como sobre representación y obtención de mayorías, son materias regidas por estrictas formalidades legales, tanto de la L 17 Jun. 1951, como de la nueva Ley 25 Jul. 1989.

La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta general y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en sentencias [...]; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales.

- **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 febrero 1998**⁴³³, que hemos citado varias veces en este trabajo, dijo:

El último de los defectos de la nota deniega la inscripción de la norma en que se sujeta a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales. El primer argumento, base de la negativa a su inscripción total, es la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato [...]. Pero puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación

⁴³³ La cual conoció del recurso gubernativo entablado frente a la negativa del registrador mercantil a inscribir una escritura de sociedad de responsabilidad limitada. Uno de los motivos de rechazo por parte del registrador era el texto del art. 22 de los estatutos de aquella sociedad, cuya redacción era: «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se suscriben entre la sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquellos y estos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Terrassa, de l'Associació per l'Arbitratge de Terrassa, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del arbitraje, de acuerdo con su Reglamento, cuya decisión arbitral será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición».

subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.

La resolución, al referirse a otro argumento al que el registrador había acudido para denegar la inscripción, añadió:

Con carácter subsidiario se rechaza la inscripción de la misma regla por indeterminación de su objeto, lo que pudiera implicar la sumisión a arbitraje de materias que no son de libre disposición. Una concreción como la pretendida por el Registrador se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas. [...] Por ello, una regla como la que se examina, similar a otras que constituyen hoy en día cláusulas de estilo en la mayoría de los Estatutos sociales, que necesariamente ha de interpretarse siguiendo su tenor que se limita a sujetar a arbitraje las controversias «societarias» y que excluye todas aquellas «cuestiones que no sean de libre disposición», no es rechazable a efectos de su inscripción.

- **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo 2005:**

La posibilidad de que los estatutos sociales recojan un convenio arbitral se ha ido abriendo paso en la práctica amparada en la postura favorable de la doctrina y avalada por la resolución de este Centro Directivo de 19 de febrero de 1998 y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril del mismo año. El principal obstáculo con el que normalmente ha chocado la admisión de tal convenio, la determinación de las cuestiones que se sujetan a decisión arbitral y la prohibición legal de extenderlo a las controversias sobre materias que no sean de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1 de la Ley de Arbitraje), se han solventado en sede societaria a través de fórmulas generales que lo refieran de forma específica o a través de los criterios normales de interpretación a las controversias «societarias»; sistema de concreción que ha de entenderse que cumple las exigencias del art. 9.1 de la Ley de Arbitraje, y, a la vez, excluya las cuestiones que no sean de «libre disposición»; fórmulas estas que vienen siendo usuales en la práctica y han obtenido el respaldo de este Centro en la resolución antes citada.

La formulación de la regla estatutaria en el caso que da lugar a este debate no es ciertamente modelo de claridad. Si comienza con una clara excepción del alcance del convenio arbitral que contiene para las cuestiones legalmente excluidas del mismo, continúa con una referencia amplia en cuanto a la sumisión al mismo de las cuestiones (expresión que habrá de entenderse referida a los conflictos) relacionadas con la interpretación y aplicación de los propios estatutos, para continuar con la inclusión también de cualquier tipo de conflicto

relacionado con el funcionamiento de la sociedad, si bien limitándolos a los que puedan surgir entre los socios, administradores y unos u otros, quedando por tanto al margen los supuestos más frecuentes, los que se planteen entre la sociedad y sus socios y entre aquella y sus administradores [...].

Y es la inscripción del arbitraje sobre estas materias: reparto de beneficios, ampliaciones o disminuciones de capital, disolución y liquidación social, separación o exclusión de socios, exigencia de responsabilidad a los administradores sociales e impugnación de todo tipo de acuerdos sociales, la que rechaza la calificación recurrida, con el argumento de que por su regulación legal están excluidas de la libre disponibilidad, que permitiría su solución arbitral. [...]el recurso ha de admitirse.

- **STC 32/2002 de 11 febrero 2002** (repertorio TOL.258.574). Para esta sentencia la materia societaria seguía siendo discutida y no pacífica y declaró que no era materia arbitrable. Esta sentencia resolvió el recurso de amparo formulado contra una sentencia de la AP Barcelona, de 13 marzo 1998, que estimó el recurso de anulación contra un laudo arbitral. La Sala entendió que el laudo había recaído sobre materia no arbitrable. El laudo impugnado había declarado nulos determinados acuerdos de la junta general de una sociedad limitada. El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado, y dijo:

En el caso sometido a nuestra consideración la Sentencia de la Audiencia Provincial anula el laudo arbitral impugnado ofreciendo un razonamiento coherente, hilado y razonable sobre la eficacia de las cláusulas compromisorias incorporadas a los estatutos sociales en relación con la impugnación de acuerdos sociales, estudiando la incidencia que en el estado de tal cuestión jurídica ha podido tener la Ley 36/1988, de 5 Dic., de arbitraje de Derecho privado, llegando a la conclusión de que el laudo había recaído sobre materia que no podía ser objeto de arbitraje, y que por tanto tal laudo era nulo por imperio de los arts. 45.4 y 1 de la referida Ley. De ahí que, no siendo tal argumentación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido.

- **STC 9/2005 de 17 enero 2005** (repertorio TOL.570.195). Aquí el Tribunal Constitucional modificó su criterio (tras la STS de 18.04.1998 arriba citada) y declaró arbitrable la materia societaria. Desestimó el recurso de amparo planteado contra la sentencia de la AP de Madrid de 24 abril 2002 (repertorio TOL.253.361), que había desestimado el recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral en el que se había declarado la validez de un artículo estatutario

de sociedad anónima en el que se sometía a arbitraje de equidad toda controversia sobre el derecho de separación del socio. La Audiencia había declarado al respecto:

- 1) La Ley de arbitraje ya con carácter general, en su art. 1 y en la letra b de su art. 2, vincula la arbitrabilidad de la materia sobre la que se suscita la cuestión litigiosa a que sean materias de libre disposición de las partes, predicándose la inarbitrabilidad en el caso de indisponibilidad de la materia sobre la que se plantea el arbitraje. Es unánime la doctrina al proclamar la inarbitrabilidad por indisponibilidad respecto de las siguientes materias: derechos de la personalidad, estado civil de las personas y las cuestiones matrimoniales relativas a la constitución del estado civil de las personas.
- 2) Se han suscitado serias dudas acerca de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, es decir, la posible aplicación del arbitraje a las cuestiones surgidas de las relaciones que se establecen entre una sociedad mercantil y sus miembros o entre estos, relaciones que, por consiguiente, se referirán a la constitución, modificación, desarrollo, cumplimiento o extinción del correspondiente contrato social. Particularmente la duda se ha suscitado respecto de la sociedad anónima y dentro de esta se ha concretado respecto del derecho de impugnación de los acuerdos sociales.
- 3) En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima, siendo el objeto del arbitraje el derecho de separación de uno de los socios, debiendo entenderse por tal el derecho del accionista a separarse de la sociedad anónima a cambio del reembolso por parte de la sociedad de sus acciones (con la consiguiente reducción del capital social por el valor de las acciones correspondientes al socio separado). Su origen se encuentra en la doctrina italiana, [...]. Nada impide que una sociedad anónima adquiera las acciones de las que es titular un accionista, las amortice y reduzca el capital social. Tiene, eso sí, que haber acuerdo del accionista que se separa, de la sociedad anónima y del resto de los accionistas. Y, de no existir ese acuerdo por oponerse la sociedad anónima, es cuando realmente surge el derecho de separación del socio, es decir, el derecho del accionista a imponer a la sociedad anónima el reembolso de sus acciones separándose de la misma [...]. Se trata de una regulación de *ius cogens* o derecho necesario, pero solo de mínimos, ya que sería nula la norma estatutaria o el acuerdo societario que privara al socio de su derecho de separación o lo redujera respecto a los tres supuestos previstos legalmente. Pero nada impide, sino que, por el contrario, el art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas lo permite, que en los estatutos sociales se añadan otras causas que den origen al derecho de separación del accionista además de las recogidas legalmente [...]. De ahí que igualmente sea válida la previsión estatutaria de someter esta materia (derecho de separación del socio) a un arbitraje de equidad. Debe predicarse la arbitrabilidad por la disponibilidad de la materia.

El Tribunal Constitucional dijo:

En lo que ahora importa, es de subrayar que la Sentencia aquí impugnada, [...] examina con carácter general la inclusión y exclusión de determinadas materias en el ámbito objetivo del arbitraje, para después referirse a las cuestiones societarias y concretamente a las que se suscitan respecto de las sociedades anónimas [...] nada impide, sino que por el contrario, el art. 10 de la Ley de sociedades anónimas lo permite, que en los estatutos sociales se añadan otras causas que den origen al derecho de separación del accionista además de las recogidas legalmente, pudiendo someterse esta materia (derecho de separación del socio) a un arbitraje de equidad. Así las cosas, entiende la Sentencia impugnada que el arbitraje de equidad establecido en los estatutos se convertiría en arbitraje de derecho si el derecho de separación solo operara en los tres supuestos de la Ley de sociedades anónimas, destacando en último término que «M. Sociedad Anónima es una sociedad cerrada».

- **Sentencia del Tribunal Supremo 30 Noviembre 2001** (repertorio TOL.130.735). Reconoce arbitrable la materia societaria y que es un tema discutido en la doctrina y jurisprudencia. Declaró la validez y eficacia del artículo estatutario de una sociedad civil en el que se sometía a arbitraje cualquier controversia a que diere lugar la interpretación y aplicación de los propios estatutos, con el añadido: «siempre que las disposiciones vigentes lo permitan». La sentencia declaró:

Segundo: La cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje había sido discutida y rechazada doctrinal y jurisprudencialmente, no en forma unánime. Apuntó la validez la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19.Feb. 1998 y la declaró clara y rotundamente la sentencia de esta Sala de 18 Abr. 1998. Ahora se reitera esta doctrina, pese a que no es cuestión sometida a casación, pero de ella es preciso partir. Acierta la sentencia de la Audiencia Provincial cuando interpreta tal cláusula estatutaria, antes transcrita, en el sentido de que es verdaderamente el llamado convenio arbitral de la Ley 36/1998, de 5 Dic., de Arbitraje, que constituye la sumisión a arbitraje [...]. El convenio arbitral ha sido válido, lo que no se ha discutido y ha recaído sobre un objeto arbitrable [...] pues la presencia del convenio arbitral en los Estatutos, en cuestión litigiosa controvertida y disponible y comprendida, como se ha dicho en el fundamento anterior, en el objeto del convenio arbitral, impedirá a los Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.

- **STS número 776/2007, de fecha 9 julio 2007**, (repertorio TOL.1.143.870). Declara arbitrable la materia societaria. Trató de uno de los problemas que el nuevo artículo 11 bis LA soluciona: la cuestión de la eficacia del acuerdo de la

junta general de una sociedad limitada por el que se introducía en los estatutos una disposición final por cuya virtud todas las cuestiones que se planteasen por la interpretación o aplicación de los propios estatutos, en las relaciones entre la sociedad y los socios, y entre estos por su condición de tales, se someterían necesariamente a un arbitraje de equidad, con la única excepción de la impugnación de acuerdos sociales conforme a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley reguladora. El Juzgado había desestimado la excepción de sumisión a arbitraje propuesta por los demandados y estimo la demanda. La Audiencia desestimó el recurso de apelación.

En su inicio esta sentencia del TS se refirió a la evolución jurisprudencial experimentada en la materia y al cambio de orientación constituido por la sentencia de 18 abril 1998, que hemos citado en este trabajo varias veces.

Declaró esta sentencia:

A) Durante una larga etapa, la opinión mayoritaria de la doctrina mercantil, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1988, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971), entendió que el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales impide someter a arbitraje su validez y solo eran admitidas las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales en las que se hacía una salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales (RDGRN de 27 de abril de 1989). La STS de 18 de abril de 1998, siguiendo el precedente sentado por la RDGRN de 19 febrero de 1998, reflejó un importante cambio doctrinal al declarar que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre él, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo, pues el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales no empece su carácter negocial y, por tanto, dispositivo.

De esta doctrina se desprende que los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no solo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio, de forma análoga a como admitía el art. 163.1.b de la Ley de Cooperativas [LC] de 2 de abril de 1987.

Al final, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, pero por otro motivo, cual es que el convenio arbitral analizado se había adoptado sin el consentimiento de los socios; y añadió:

En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales.

Las sentencias y autos de las Audiencias Provinciales evidencian esa falta de unidad de criterio sobre el arbitraje societario o arbitraje estatutario; señalamos aquí algunas pocas.

- **SAP Barcelona de 31 octubre 1997.** Rechazó el arbitraje societario. Desestimó la excepción de arbitraje opuesta por la demandada, viniendo a confirmar la sentencia del Juzgado, que había estimado la demanda en un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales. Dijo esta sentencia:

Segundo: El primero de los motivos del recurso, relativo a la excepción invocada por la demandada, de sometimiento de la controversia a arbitraje con efecto excluyente de la jurisdicción, plantea la discutida cuestión de la viabilidad del procedimiento arbitral para la impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas de sociedades mercantiles.

La jurisprudencia posterior a la Ley de sociedades anónimas de 1951 (no así la anterior) se ha pronunciado sistemáticamente en contra de la arbitrabilidad de la materia. No cabe olvidar, sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1973 que admite el arbitraje para la impugnación de determinados acuerdos de Junta general de socios de una sociedad de responsabilidad limitada, naturaleza social de la que participa la entidad aquí demandada.

Tras la entrada en vigor de la Ley de sociedades anónimas de 1989 (que pone fin al anterior procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales y remite al juicio declarativo de menor cuantía, con alguna mínima especialidad) y de la Ley de arbitraje de 1988 (que potencia esta institución) se ha suscitado con nueva fuerza la discusión en torno a la posibilidad de arbitrar sobre tales materias, aduciéndose argumentos diversos (desde la valoración de la supresión del procedimiento legal especial de impugnación de acuerdos hasta la distinción atinente al carácter abierto o cerrado de cada sociedad concreta, pasando por la diferenciación según se trate de acuerdos nulos o anulables).

Pero la sentencia rechazó el arbitraje societario porque los estatutos no decían «expresamente» que los socios se someterían al laudo arbitral que recayese y porque los

socios que adquirieron participaciones sociales cuando ya los estatutos contemplaban el arbitraje estatuario no tenían la posibilidad a poder rechazarlo:

Tercero: Sin necesidad de entrar en el análisis de si la materia concreta es susceptible de arbitraje, debe considerarse que el art. 5 de la Ley de arbitraje establece que «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión».

En el caso de autos, la disposición final de los estatutos de la sociedad demandada, dice literalmente:

Todas las cuestiones que surjan por la interpretación y aplicación de estos Estatutos, en las relaciones entre la sociedad y los socios y entre estos por su condición de tales, y en la medida que lo permitan las disposiciones vigentes, se someterán necesariamente al arbitraje internacional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana de Arbitraje, encomendando al mismo la designación de árbitros y la administración del arbitraje, de acuerdo con su reglamento. Dicha disposición estatutaria:

- (a) Omite el requisito de expresar la obligación de cumplir el laudo
- (b) Ha sido fruto de un pacto en el que no ha tenido intervención el socio hoy demandante, que no lo era al tiempo de constitución de la sociedad.

Circunstancias que por sí mismas han de determinar la confirmación en esta instancia de la desestimación de la excepción de arbitraje opuesta por la demandada⁴³⁴.

- **SAP Illes Balears (sección 5ª) de 12 junio 1998, ponente: Mariano Zaforteza Fortuny** (repertorio La Ley 72380/1998). Declaró la materia societaria arbitrable. Aceptó el «arbitraje estatutario»:

El art. 26 de los estatutos de Santomar, S.L., establece que «cualquier divergencia entre la sociedad y los socios o entre estos como tales o sus causahabientes, en relación a problemas sociales, será sometida necesariamente en forma amistosa y de concordia a la Junta General. De no resolverse tal divergencia amistosamente por la Junta, será resuelta por

⁴³⁴ Pensamos que son criticables los criterios de esta sentencia:

1. Respecto del primer argumento, decir que nuestro Tribunal Supremo declaró que la manifestación de la obligación de cumplir el laudo no puede ser como una declaración «sacramental», si del conjunto de la estipulación se desprende la voluntad inequívoca de las partes de someter la cuestión a arbitraje; como en este trabajo ya hemos hecho mención.
2. El segundo argumento, de que el socio demandante no lo era al constituirse la sociedad, al convenirse el texto de los estatutos sociales, también es criticable; pues si la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje estaba inscrita en el Registro Mercantil cuando el demandante adquirió sus acciones, entonces quedaba sometido a esa y a todas las cláusulas estatutarias (más adelante analizamos en profundidad este último argumento).

árbitros con arreglo a su leal saber y entender, a tenor de la LA 1953, quedando a salvo los procedimientos imperativos de la Ley». La interpretación de ese pacto desde el prisma de la lógica apunta a que, según entendió el juez de primera instancia, se aprecie que la acción ejercitada en autos, definida ya en el primer fundamento jurídico de esta resolución, se halle de pleno inserta en la previsión de dicho artículo de los estatutos, toda vez que la actora es accionista de Santomar, S.L., lo mismo que el demandado quien, ciertamente, es además administrador de dicha entidad, al tiempo que el debate litigioso se centra estrictamente en problemas sociales, es decir, que nos hallamos ante una divergencia entre socios relacionada netamente con cuestiones que afectan a la entidad Santomar, S.L.

- **SAP Barcelona (sección 15ª) de 17 febrero 1999, Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos** (repertorio TOL.206.734). Declaró la materia societaria no arbitrable. Trató de la impugnación de un laudo que había declarado la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la junta general sobre ampliación de capital, emisión de acciones y adjudicación de estas. El parecer de la mayoría de los magistrados fue el de que quedaban excluidos de la disponibilidad de las partes aquellos acuerdos que afecten a los perfiles estructurales de la sociedad. Pero recayó un muy interesante voto particular de Dña. Marta Rallo Ayezuren en sentido distinto.

La sentencia declaró:

«Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la eficacia de la cláusula arbitral incorporada a los estatutos de sociedades capitalistas, en el sentido de entender que la declaración de nulidad de unos acuerdos, no solo afecta a la materia regulada por los mismos pues su disponibilidad deriva de que precisamente sobre ella se adoptan decisiones que pueden dejarse sin efecto o sustituirse por otras (art. 115 LSA), sino también a la determinación de los límites que el ordenamiento impone al propio poder que se actúa (en este sentido, nuestra S. 13 Mar. 1998).

No cabe, sin embargo, desconocer la corriente contraria de la que constituye destacado exponente la sentencia del TS de 18 Abr. 1998, [...]. La expresada sentencia admite ciertos límites que no indica, al reconocer la posibilidad de que determinados extremos de la impugnación de acuerdos sociales queden fuera del poder de disposición de las partes. [...] Entre ellos debemos entender aquellos acuerdos que afectan a los perfiles estructurales de la sociedad. En el planteamiento de la sentencia, con cita expresa de la resolución de la DGRN de 19 Feb. 1998, priman los aspectos contractualistas de la sociedad, entre los que se hallan los relativos al capital y a las modificaciones vinculadas al mismo.

El voto particular de la magistrada dijo:

Estoy de acuerdo en que la controversia debe examinarse desde la nueva perspectiva que la sentencia del TS de 18 Abr. 1998 aporta a la materia que constituye el núcleo del presente recurso: la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos de sociedades mercantiles. Especialmente porque sobre dicha cuestión guardan silencio las nuevas leyes de sociedades, prolongándose una situación de inseguridad jurídica en un tema problemático en el que se enfrentan posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diversas.

No estimo, sin embargo, que deba entenderse que los acuerdos sociales cuya impugnación ha sido objeto del arbitraje en examen se incluyen entre aquellos extremos que, según la sentencia del TS, quedarían fuera del poder de disposición de las partes. Son dos los argumentos en que mis compañeros apoyan tal conclusión:

- 1) la exclusión de la disponibilidad de las partes de aquellos acuerdos que afectan a los perfiles estructurales de la sociedad, entre lo que se hallarían las modificaciones del capital social.
- 2) la normativa registral que confía a los Tribunales la salvaguardia de los asientos del Registro Mercantil.

Segundo. Por lo que respecta al primer argumento, considero que debe distinguirse, como pone de relieve la parte recurrida, entre disponibilidad de la materia e imperatividad de las normas que la regulan.

Señala el TS que «la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas» y que «el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empuja el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos».

Idénticos razonamientos cabe aplicar a lo que constituye materia de los acuerdos sociales impugnados por la vía arbitral. La ampliación del capital de la sociedad se rige por normas imperativas. No se ha cuestionado que dichas normas imperativas han sido las aplicadas en el arbitraje de derecho celebrado. La disponibilidad de la materia objeto del arbitraje deriva, como ha señalado la doctrina, del principio de autonomía de la voluntad proclamado en el art. 10 LSA y del referido carácter negocial de los acuerdos sociales, que se manifiesta en la posibilidad que tienen los socios de aprobar, rechazar, o impugnar dichos acuerdos.

Examinados los datos de hecho del caso de autos, no advierto ningún obstáculo a la arbitrabilidad de la controversia.

- **SAP Barcelona (sección 15ª) de 26 enero 2000, núm. Recurso 1540/1997, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel** (repertorio La Ley 23405/2000).

Aunque declaró la materia societaria arbitrable, dijo que era «justificadamente discutida». La Sala dijo:

Sobre la cuestión que constituye el núcleo de la apelación esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras, en las Sentencias de 9 Nov. 1994 y 13 Mar. 1998. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 Abr. 1998 ha estimado que «en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales», bien que dejando a salvo que «si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo». Doctrina que, aunque necesitada de precisiones, marca un posicionamiento del Alto Tribunal sobre una materia que no solo en España es justificadamente discutida. En este caso, al tratarse de una sociedad con dos únicos socios (no consta quienes fueron los fundadores) y al impugnarse en la demanda un acuerdo de reducción y ampliación subsiguiente del capital, del que no se afirma su oposición a normas legales o estatutarias, sino el ser lesivo para los intereses de la sociedad y beneficioso para el otro socio, ninguna de las objeciones de orden subjetivo objetivo, que señalamos en aquellas citadas Sentencias para negar validez al convenio arbitral concurren en este caso.

- **SAP Madrid (sección 14ª) de 18 abril 2000, núm. Recurso 1118/1998, Ponente: Pablo Quecedo Aracil** (repertorio La Ley 84571/2000). Declara la materia societaria arbitrable. Dio valor al convenio arbitral aunque se consideró que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no se podía extender a algunas de las cuestiones resueltas en el laudo que era objeto de aquel recurso de anulación. La sentencia dijo:

Plantea el problema de si la cláusula arbitral ha quedado sin efecto por voluntad tácita de las partes, inducida de su comportamiento a lo largo de los años. Para el recurrente, nunca se puso en marcha el acuerdo de sindicación, ni los comités estratégicos y de gestión previstos, gobernándose la sociedad de acuerdo con la ley de las mayorías de votos, a lo que añade que las relaciones entre las partes están plagadas de pleitos en los que, de alguna manera, se está discutiendo lo mismo que en estas actuaciones [...]. A pesar de todo lo expuesto en este fundamento y en el anterior, debemos reconocer valor y eficacia a la cláusula arbitral [...]. Es en este contrato donde figura la cláusula arbitral y, en ella, no hay previsión alguna sobre conflictos distintos de los que ocasione el propio acuerdo de sindicación, ni vinculación directa o indirecta con la compraventa de las acciones, ni mención que haga pensar que el incumplimiento del pacto subordinaba la eficacia de la venta.

- **SAP Sevilla (sección 8ª) de 23 enero 2002, núm. Sentencia 25/2002, núm. Recurso 5590/2001, Ponente Julio Márquez de Prado Pérez** (repertorio TOL.258.474). Declaró la materia societaria arbitrable. La Sala desestimó el recurso de anulación de un laudo arbitral. Dijo la resolución:

La doctrina jurisprudencial expuesta, que sigue la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 19 Feb. 1998 y la más reciente de 1 Oct. 2001, deja claramente sentada la posibilidad de conocer por el cauce arbitral la impugnación de los acuerdos societarios.

La recurrente había alegado también que la cuestión sometida a arbitraje estaba indisolublemente unida a una materia indisponible, a cuyo efecto invocó la legislación administrativa sobre telecomunicaciones por cable. A este fin, la sentencia manifestó:

Al respecto, como acertadamente razona la parte recurrida en su escrito de impugnación y reitero en el acto de la vista, una cosa es la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, y otra bien distinta el concepto de norma imperativa, cuya aplicación por los árbitros no vulnera el concepto de orden público, toda vez que la misma ha de ser ineludible para resolver la controversia, debiendo destacarse que los árbitros en este caso no se pronuncian sobre la validez del acto administrativo cuestionado (autorización previa administrativa a que se refiere el art. 4.4 de la Ley de 1995, antes citada), sino sobre la nulidad del acuerdo impugnado, relacionando tal precepto con el art. 115 del TRLSA, que considera nulos los acuerdos sociales adoptados en contravención a lo dispuesto en la Ley, término que, como antes se dijo, se refiere a la totalidad del ordenamiento jurídico, siendo evidente que otra interpretación conduciría al absurdo de limitar el cauce procesal de impugnación de los acuerdos societarios a la infracción de leyes civiles o mercantiles, al margen de otros posibles efectos en la infracción de normas administrativas cuyo conocimiento ha de quedar reservado al orden jurisdiccional de tal naturaleza.

- **SAP Barcelona (sección 15ª) de 16 septiembre 2004, núm. Sentencia 400/2004 núm. Recurso 98/2002, Ponente: Luis Garrido Espa** (repertorio TOL.537.581), declaró la materia societaria arbitrable. Estimó en parte el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, que había estimado la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Sala acordó desestimar dicha excepción, así como la demanda formulada por el actor contra una sociedad limitada. La decisión de la Audiencia se basaba en el art. 26 de los estatutos de la sociedad del caso que excluía la arbitrabilidad de lo que era objeto de demanda.

La Audiencia dijo:

Como en resoluciones anteriores de esta Sala relativas a la naturaleza arbitrable de determinadas materias, hemos de partir de que el carácter imperativo o de *ius cogens* de los preceptos que regulan la cuestión (en este caso, los relativos a la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada), no constituye por sí misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros infrinjan en sus laudos tales normas imperativas. Bien es cierto que frente a ello podrá alegarse con razón que mal se compagina entonces un arbitraje de equidad (como el previsto en los estatutos) para la resolución de un conflicto regido por normas de Derecho necesario.

Pero no será preciso ahondar más en la cuestión porque el convenio arbitral delimita un contorno de exclusión del arbitraje que, en contra de lo argumentado por el Sr. Juez, entendemos que comprende la acción ejercitada. En efecto, al margen de la necesidad de acudir a la vía judicial, por así establecerlo la cláusula estatutaria, para impugnar el acuerdo de la junta contrario a la disolución, la pretensión de disolución (cuando la junta no es convocada en el plazo que señala la norma o aquella no adopta el acuerdo de disolución, o los necesarios para remover la causa, ex art. 105.2 y 3 LSRL) está previsto legalmente que pueda ser ejercitada por cualquier interesado ante el Juez de primera instancia del domicilio social, al margen de la obligación que se impone a los administradores para instar, en esos casos, la disolución judicial.

Con todo, se trata de un derecho dotado de la correspondiente acción cuyo ejercicio judicial se halla regulado por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a cuyo régimen se remite de forma expresa el art. 22 de los estatutos al declarar que la sociedad se disolverá por las causas y de acuerdo con el régimen establecido en los arts. 104 y siguientes de la Ley, lo que unido a la expresa excepción a la arbitrabilidad que contiene el art. 26 con referencia a los derechos y acciones cuyo ejercicio judicial se halla regulado por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, conduce a descartar la operatividad del negocio de sumisión arbitral respecto de la acción ejercitada.

- **SAP Girona (sección 1ª) de 17 noviembre 2004, núm. Sentencia 352/2004 y núm. Recurso 162/2004, Ponente: Fernando Lacaba Sánchez** (repertorio CENDOJ, ROJ SAP GI 1561/2004 y repertorio La Ley 275804/2004) desestimó el recurso de anulación sobre el que resolvió. Declaró que la materia societaria era arbitrable incluso en equidad.

Los hechos que habían conducido al laudo impugnado, según el relato de la Audiencia, habían sido los siguientes:

La entidad DECSA tenía dos accionistas: FIBAC HOLDING, S.A., socio mayoritario y GRUB, S.L. socio minoritario. La sociedad que impugna FIBAC SA adquirió de FIBAC HOLDING, S.A. un paquete de acciones de la entidad DECSA, sin respetar aquel socio mayoritario el derecho de adquisición preferente reconocido en los estatutos sociales a favor de los dos respectivos socios, concluyendo el Laudo que dicha transmisión no puede ser reconocida por la entidad DECSA ni es válida por haberse realizado sin dar cumplimiento al art. 5 de los estatutos de DECSA que establece, en caso de transmisión de acciones, el derecho preferente de adquisición a favor de los otros accionistas. De lo expuesto se infiere, que tal y como mantiene la entidad GRUB, S.L., la cuestión sometida a arbitraje es una cuestión patrimonial, en tanto que derecho preferente a la compraventa de unas concretas acciones a cambio de un precio.

El laudo arbitral había declarado la invalidez de la transmisión de las acciones en cuestión.

Es unánime la doctrina al proclamar la inarbitrabilidad por indisponibilidad respecto de las siguientes materias: derechos de la personalidad, estado civil de las personas y las cuestiones matrimoniales relativas a la constitución del estado civil de las personas.

Se han suscitado serias dudas acerca de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, es decir, la posible aplicación del arbitraje a las cuestiones surgidas de las relaciones que se establecen entre una sociedad mercantil y sus miembros o entre estos, relaciones que, por consiguiente, se referirán a la constitución, modificación, desarrollo, cumplimiento o extinción del correspondiente contrato social. Particularmente la duda se ha suscitado respecto de la sociedad anónima y dentro de esta se ha concretado respecto del derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Siendo de reseñar que una primera doctrina jurisprudencial (cita las diversas corrientes jurisprudenciales)... Sin embargo hoy en día debe estarse a la sentencia del Tribunal Supremo número 355/1998 de 18 de abril de 1998 (fundamento de derecho cuarto) que retomando la primera doctrina jurisprudencial proclama la arbitrabilidad de la materia. Doctrina jurisprudencial que se reitera en la primera frase del fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo número 1139/2001 de 30 de noviembre de 2001. La arbitrabilidad de esta materia ya había sido apuntada por la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998.

Pues bien, si en base a la libre disponibilidad de la materia se ha predicado su arbitrabilidad, el arbitraje tanto podrá ser de derecho o de equidad, según se hubiera pactado por las partes (si nada se ha pactado será de equidad salvo que se haya encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento, número 2 del art. 4 de la Ley de Arbitraje). Y ello porque, concurriendo el requisito de la arbitrabilidad, no existen materias que tengan que ser resueltas por arbitraje de derecho y no de equidad. Habiéndose optado por el arbitraje de equidad, el arbitraje ha de ser de equidad. [...] El único límite del arbitraje de equidad estaría en la regulación de derecho necesario, de tal manera que no podría privarse al socio de su derecho

de adquisición preferente ni reducirle los derechos estatutarios que tiene reconocidos al efecto.

- **Auto AP Barcelona (sección 15ª) de 16 marzo 2005**, núm. Sentencia 72/2005, núm. Recurso 693/2004, Ponente. Ignacio Sancho Gargallo (repertorio La Ley 62386/2005). Declara arbitrable la materia societaria y define la arbitrabilidad. Se resolvió el recurso de apelación contra un auto del Juzgado que había estimado la declinatoria y había declarado la falta de competencia de jurisdicción, competencia que se reconoció en favor del Tribunal Arbitral de Barcelona. La resolución declaró en primer lugar:

Empezando por la última de las razones invocadas en el recurso, debemos advertir que, con independencia de si la materia litigiosa es susceptible de someterse a arbitraje en virtud de esta cláusula arbitral, estas cláusulas una vez introducidas en los estatutos e inscritas en el Registro Mercantil vinculan tanto a los socios presentes entonces como a los futuros. Así lo declaró primero la RDGRN 19 febrero 1998, que distinguía de una parte el «pacto compromisorio extrasocial o no inscrito», que «vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos»; y de otra, el pacto compromisorio «que se configura como estatutario y se inscribe», que «vincula a los socios presentes y futuros». Y ello se explica porque «el convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria». Esta doctrina fue asumida unos meses más tarde por la STS 18 abril 1998. [...].

A la vista de lo anterior podemos concluir que la cláusula arbitral introducida en los Estatutos de la sociedad demandada Hijos de Juan Vacarisas, S.A., es válida, pues se admite el sometimiento a arbitraje de las controversias relacionadas con la validez de los acuerdos sociales, sin perjuicio del límite de la disponibilidad de la controversia.

A renglón seguido, la resolución se adentró en el significado de la expresión «controversias de libre disposición conforme a Derecho», del art. 2.1 de la actual Ley de arbitraje. Y declaró al respecto:

Según el art. 2.1 LAP de 2003, solo son susceptibles de arbitraje las controversias de libre disposición conforme a Derecho. Con ello se va más allá de las restricciones que originariamente se contenían en los arts. 1820 y 1821 CC (derogados con la Ley de Arbitraje de 1988), que ceñían la materia indisponible a aquella que no podía ser objeto de transacción según el art. 1814 CC (estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros). Existen, al margen de estas últimas materias, otras que no pueden ser objeto de transacción, por aplicación del art. 6.2 CC, que niega validez a la exclusión voluntaria de la

Ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos cuando sean contrarias al interés o el orden público o perjudiquen a terceros. Lo cual permite situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público.

Pero este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje, siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la Ley de sociedades anónimas goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas. Y así, mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso (cuyo límite viene marcado no solo por el art. 1814 CC sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (art. 6.2 CC)), cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje.

Por otra parte, en la medida en que el pacto arbitral afecta al medio a través del cual se va a resolver la controversia, y no a la regla aplicable al caso, carece de relevancia que el acuerdo sea impugnado por ser nulo o anulable, esto es que se denuncie la vulneración de una norma legal (nulo), o ser contrario a los estatutos o lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros el interés de la sociedad (anulables) (art. 115 TRLSA). Lo que viene corroborado por el hecho de que las acciones de impugnación, en ambos casos, estén sujetas a un plazo de caducidad, si son nulos a un año y si son anulables a cuarenta días (art. 116 TRLSA).

El único caso de indisponibilidad previsible, al que se refieren el art. 2.1 LAP la STS 18 de abril de 1998, y los propios estatutos de la sociedad, afectaría a la impugnación de acuerdos nulos por ser contrarios al orden público, pues en este caso la acción no estaría sujeta a ningún plazo de caducidad ni existiría restricción en la legitimación activa.

La impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas de la sociedad, correspondientes al ejercicio económico 2002, se funda, por una parte, en la violación del derecho de información de los socios, ya que no fue suministrada la información requerida formalmente por los actores conforme al art. 112 TRLSA; y, por otra, en que dichas cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad (art. 172 TRLSA), e infringen las normas de la propia Ley de sociedades anónimas, Código de Comercio y el Plan General Contable. Aunque las normas que se denuncian infringidas son imperativas, no por ello puede calificarse el objeto de la controversia de orden público. A fin de cuentas, la discusión girará en torno al cumplimiento del deber de información respecto de los propios actores, y la correcta formulación de las cuentas anuales en un caso concreto, que sin perjuicio de la relevancia que pueda tener para los terceros que se relacionan con la sociedad en el tráfico, no por ello la cuestión trasciende al nivel del orden público.

Por lo que respecta a la impugnación del acuerdo de aprobación de la gestión social de los administradores, se justifica no solo en la improcedencia de las cuentas formuladas, sino también en que la gestión lesiona el interés de la sociedad, lo que en última instancia permite calificar la acción de anulabilidad, siendo sin lugar a dudas disponible.

Por último, se impugnaba también el acuerdo por el que se facultaba a los administradores para nombrar un auditor, infringiendo el art. 204 TRLSA, según el cual el nombramiento corresponde directamente a la Junta. De esta controversia cabe predicar lo mismo que en relación con la aprobación de las cuentas, que pudiendo afectar a normas imperativas, la gravedad no alcanza a considerarse de orden público, que impida la disponibilidad de someter esta controversia a un arbitraje de derecho.

Por consiguiente, se aprecia correctamente estimada la declinatoria de competencia de jurisdicción por parte del Juez de primera instancia, conforme al art. 11.1 LAP, y en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.

- **Auto AP Barcelona (sección 15ª) de 26 febrero 2008, núm. Auto 108/2008, núm. Recurso 837/2007, Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch** (repertorio La Ley 246671/2008), declara arbitrable la materia societaria y señaló:

El último de los motivos lo fundamenta la parte recurrente en la legalidad de la cláusula arbitral, pues la impugnación del acuerdo social de separación no puede ser resuelta por un tribunal arbitral por cuanto para la resolución del arbitraje se deberán aplicar normas de carácter *ius cogens*. Hemos sostenido en anteriores resoluciones, como en el Auto de 16 de marzo de 2005, que el carácter imperativo o de *ius cogens* de los preceptos que regulan la cuestión no constituye por sí misma un obstáculo a la arbitrabilidad sino que solamente impide que los árbitros infrinjan en sus laudos tales normas imperativas. De ahí que proceda rechazar tal alegación.

- **Auto AP Barcelona (sección 15ª) de 5 marzo 2008, núm. Sentencia 112/2008, núm. Recurso 733/2007, Ponente: Blas Alberto González Navarro** (repertorio La Ley 27808/2008). Declara que la materia societaria es arbitrable. Desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria planteada por la demandada.

Es interesante la parte final de esta sentencia, donde sienta las dudas sobre el arbitraje estatutario en las sociedades abiertas o cotizadas. Volveremos sobre este tema un poco más adelante.

Dijo este auto:

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cláusulas idénticas a la que aquí nos ocupa, incluida en los estatutos de MC COMUNICACIÓN S.A., pues se trata en realidad de la transposición de la cláusula tipo que propone el Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona. Así, en el auto de 16 de marzo de 2005, recordando previamente que estas cláusulas, una vez introducidas en los estatutos e inscritas en el Registro Mercantil, vinculan tanto a los socios presentes entonces como a los futuros (RDGRN 19 de febrero de 1998), ya descartamos que las cuestiones societarias hayan quedado excluidas del arbitraje, pues tanto la RDGRN citada de 19 de febrero de 1998, como la STS de 18 de abril de 1998, mencionada en el auto recurrido, expresamente admiten que estas controversias societarias puedan ser objeto de un convenio arbitral [...].

Insistimos ahora en esa idea. La recurrente parece entender que, al aplicarse o deberse aplicar normas imperativas en la resolución de la controversia planteada, no es posible que la misma se sujete al arbitraje [...].

Esto permite situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden o el interés público. Sin embargo, y he aquí el error de la apelante, este límite del orden público no puede identificarse sin más con las normas imperativas o de *ius cogens*, no dispositivas, pues como dijimos en nuestro auto anteriormente citado, o en sentencias anteriores, como la de 16 de septiembre de 2004, en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la LSA goza de este carácter imperativo. De hecho, las relaciones jurídicas constituidas en el seno de una sociedad han sido tradicionalmente consideradas como especialmente propicias para la aplicación del arbitraje: al amparo de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, se admitió que la generalidad de los derechos societarios que se esgrimían son de libre disposición (SSTS 2 de mayo de 1962, 30 octubre 1967 y 11 de octubre de 1973, entre otras).

La concurrencia de normas imperativas en una controversia sobre derechos privados, lejos de excluir el arbitraje, lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros, al margen de dichas normas o contrariándolas, en la medida en que el pacto arbitral afecta al medio a través del cual se va a resolver la controversia, y no a la regla aplicable al caso. Por esa razón, carece de relevancia que el acuerdo sea impugnado por ser nulo o por ser anulable: mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso, cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje.

El debate, ciertamente, no puede cerrarse de modo definitivo, pues cabe admitir la existencia de casos de indisponibilidad, si la impugnación se dirige contra acuerdos nulos por vulneración del orden público o por lesión de un interés superior. En este sentido, algunos autores han considerado que en la interposición de las acciones impugnatorias estaba en juego

no solo el interés de los impugnantes, sino también el de los socios que no habían intervenido en la *litis*, por cuanto que la correspondiente declaración de nulidad del acuerdo producía efectos para todos ellos. El socio disidente, de esta forma, vendría a actuar como una suerte de órgano de defensa social. Ello, sin embargo, aunque podría predicarse de las sociedades anónimas abiertas y de inversión, lo sería con mucha más dificultad de otros tipos societarios cerrados, y siempre que pueda detectarse en el caso la existencia, sino de un interés público, sí al menos de un interés general superior al particular de cada socio.

- **Auto AP Madrid (sección 28ª) de 24 abril 2008, núm. Sentencia 142/2008, núm. Recurso 293/2007, Ponente Enrique García García** (repertorio La Ley 90710/2008). Declara arbitrable la materia societaria. Desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria planteada por la demandada. Dijo este auto:

Tras la resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1998, la sentencia del TS de 18 de abril de 1998 (que retomó el criterio seguido por las sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 y se apartó del sostenido por otras resoluciones en el periodo intermedio) y las posteriores en el mismo sentido (sentencias del TS de 17 de abril de 2001 y 30 de noviembre de 2001), puede afirmarse que existe un criterio jurisprudencial favorable al reconocimiento de la validez de las cláusulas estatutarias de arbitraje inscritas en el Registro Mercantil al objeto de poder someter materias corporativas y societarias a conocimiento de los árbitros. A tenor de dicha postura jurisprudencial, el matiz imperativo de muchas de las normas que regulan las sociedades capitalistas no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo (que es lo que exige el art. 2.1 de la ley 60/2003) de las mismas. Las partes solo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable. Este podrá ser hecho valer por otro cauce procesal, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las correspondientes normas imperativas. Por lo que no están excluidas de arbitraje las contiendas relativas a la organización, funcionamiento interno y constitución societaria, debiendo respetarse el principio de autonomía de la voluntad en la autorregulación del régimen jurídico de la sociedad. Lo cual significa la posibilidad de eludir los procesos judiciales en materia de impugnación de acuerdos sociales, mediante la sumisión a arbitraje.

- **Auto AP Madrid (sección 28ª) de 22 mayo 2008, núm. Auto 155/2008, núm. recurso 334/2007, Ponente: Alberto Arribas Hernández** (repertorio La Ley 85602/2008). Declaró arbitrable la materia societaria. También este auto

desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria propuesta. Dijo:

El art. 27 de los Estatutos merece la calificación de convenio arbitral incluido en el contrato social, a los efectos del art. 5 de la ley 60/2003 de arbitraje, y tiene un amplio contenido que no permite excluir a priori de su ámbito las acciones de impugnación de acuerdos de la sociedad, como la que se pretende que sea objeto de este litigio (conflicto socio-sociedad).

La interpretación que de tal cláusula propone la parte recurrente no puede ser compartida por este tribunal, pues la mención en la misma a «las prevalentes normas de procedimiento establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas» debe ser entendida en sentido condicional, el mismo que más adelante se remarca al indicar «si fuese preciso acudir a los Tribunales de Justicia». Lo que tal cláusula prevé es la posibilidad de que la ley pueda imponer el carácter preferente de la legislación societaria en materia de procedimiento, como en algunos momentos ha entendido la jurisprudencia que la interpretaba a propósito de los procesos de impugnación de acuerdos sociales (lo que pudo tenerse en cuenta al tiempo de redactar los Estatutos, dejando abierta tal salida). No es eso, sin embargo, lo que se entiende que ocurre ahora en nuestro sistema legal, a la luz de la jurisprudencia más reciente que antes ha sido citada, por lo que no se da en este caso una situación de prevalencia de la normativa de procedimiento de la Ley de Sociedades Anónimas (que se trataría, además, de una simple remisión del art. 118 del TR de la LSA a la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la estipulación arbitral, que debe producir sus efectos. Por lo que el juez actuó con corrección al estimar la declinatoria por sumisión del asunto a arbitraje y decretar el sobreseimiento del proceso a tenor de lo establecido en el art. 65.2 de la LEC.

- **Auto AP Barcelona (sección 15ª) de 2 diciembre 2008, núm. Auto 369/2008, núm. Recurso 489/2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo** (repertorio La Ley 293896/2008). Declaró la materia societaria arbitrable. Declara el arbitraje estatutario como un verdadero convenio arbitral, que una vez inscrito en el Registro Mercantil también vincula a los socios futuros, pero esta resolución, a diferencia de otras de la misma Sala, no hace distinción entre convenio arbitral estatutario de sociedades cerradas y abiertas. Dijo:

A este respecto, los casos en que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de someter la impugnación de acuerdos de la sociedad a arbitraje, lo ha hecho partiendo del presupuesto de que así se había pactado en los estatutos de la sociedad, como se desprende de la argumentación contenida en la STS de 9 de julio de 2007: «Los estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un

convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no solo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio».

- **SAP Guipúzcoa (sección 2ª) de 16 abril 2009, núm. Sentencia 2128/2009, núm. Recurso 2030/2009, Ponente Dña. Ane M. Loyola Iriondo** (repertorio La Ley 88044/2009). Declara arbitrable la materia societaria. Expresó esta sentencia:

La cláusula estatutaria que se cuestiona se limita a recoger el mandato contenido en la Ley de arbitraje cuando dispone en su art. 2º que serán susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de modo que la tesis de los recurrentes al referir que la materia que aquí se suscita (impugnación de acuerdos sociales) resulta indisponible para las partes y sometida imperativamente a la jurisdicción ordinaria no puede ser aceptada, pues con dicha argumentación se está confundiendo el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados, y no públicos de los que se puede disponer, incluso con el máximo grado de disposición que implica la renuncia, como ocurre con los relativos a los beneficios y ganancias consiguientes a la cualidad de socio. Por consiguiente, dado que el criterio interpretativo defendido por la parte recurrente no desvirtúa en absoluto la interpretación de la cláusula estatutaria seguida por el juzgador de instancia, es por lo que procederá desestimar el motivo de impugnación señalado.

- **SAP Huelva (sección 3ª) de 12 noviembre 2008, sentencia núm. 143/2008, núm. Recurso 194/2008, Ponente D. Antonio Germán Pontón Práxedes** (repertorio La Ley 301711/2008; EDJ 2008/349683). Declara que la materia societaria es arbitrable, pero, con una interpretación a nuestro juicio desatinada, dijo que como los estatutos establecían que si para el nombramiento de árbitros para la impugnación de acuerdos sociales existiese un procedimiento especial habría que seguirlo, que la Sala entendió que ese era el regulado en la LSA, por la vía jurisdiccional. Dijo:

En el Capítulo VI de los *Estatutos Sociales* «Arbitraje de Equidad y Régimen Supletorio, art. 23», se declara que «con salvedad de los casos en los que las leyes establecen un procedimiento especial de obligatoria observancia, las diferencias que puedan surgir entre los accionistas como tales o entre estos y la sociedad o sus Administradores, serán dirimidas por tres árbitros en equidad». En su consecuencia se establece una excepción, «una salvedad»

dicen los Estatutos, a esa voluntad de sometimiento a Arbitraje, salvedad constituida por la existencia de una concreta previsión legal, por ello, estudiemos si existe o no esa previsión. No olvidemos que nos hallamos ante una Impugnación de Acuerdos de una Sociedad Anónima y la Ley reguladora, la Ley de Sociedades Anónimas es también clara en sus arts. 115 y siguientes cuando, primero, atribuye expresamente a los Tribunales de Justicia la competencia para conocer de esas Impugnaciones y segundo cuando señala el cauce procesal adecuado, el Juicio Ordinario. De ambas determinaciones, estatutaria una y legal otra, hemos de considerar que es plenamente acertada la decisión de la Juzgadora. La cláusula del art. 23 se interpreta a la luz de la primera técnica interpretativa, sus propios términos, que no dejan duda alguna «con salvedad de los casos en los que las leyes establecen un procedimiento especial», procedimiento que como hemos reseñado existe y es aplicable plenamente.

- **SAP Pontevedra (sección 1ª) de 21 enero 2010**, núm. sentencia 41/2010, núm. Recurso 498/2009, ponente D. Francisco J. Menéndez E. (repertorio TOL.1.843.033). Declara arbitrable la materia societaria, y estudia el convenio arbitral estatutario. La sentencia confirmó el laudo arbitral. Es interesante el planteamiento que hace del orden público para proteger el derecho de un socio o accionista que no pudo asistir a la junta general. Dijo:

El concepto de orden público, como señala la más autorizada doctrina mercantilista, se ha ido perfilando por la doctrina legal del Tribunal Supremo, partiendo de una formulación muy general, según la cual «está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (SSTS 5.4.19 6, 31.12.1979, 11.4.2003), aproximándose luego, como no podía ser de otra manera, a la Constitución (v., por ejemplo, STS 3.4.2003: los acuerdos sociales exceptuados del plazo anual de caducidad son aquellos que «atacan los principios establecidos en el ordenamiento constitucional de España, derivados de las normas que tutelan los derechos y libertades fundamentales»), y, en otra formulación: «el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento» (SSTS 5.2.2002 y 21.2.2006).

Más en concreto, el Tribunal Supremo, reconociendo expresamente su opción por un concepto restringido de orden público, ha considerado contrarios al orden público los acuerdos sociales que atacan a los accionistas ausentes, a los minoritarios e incluso a los terceros privándolos del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 18.5.2000 y 4.3.2002). Abundando en esa línea, ha dicho que «el concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de

las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico» (STS 28.11.2005), que todavía concreta más: «a lo que parece, con la más autorizada doctrina, podría pensarse que en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrar el orden público en los “principios configuradores de la sociedad” a que se refiere el art. 10 de la Ley, o cuando, como en el caso de la STC de 15 de abril de 1986, en que el acuerdo lesiona “los derechos y libertades del socio”» [...] 1. Resumen: la doctrina legal del Tribunal Supremo en esta materia las sentencias de 30 de mayo y de 19 de Julio de 2007, que consideran contrario al orden público el acuerdo adoptado en junta universal a la que no asistió el accionista impugnante, pues «crear la apariencia de una junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 y 48 LSA), afectando al orden público societario».

- **Auto AP Madrid (sección 28ª) de 24 septiembre 2010**, núm. auto 125/2010 núm. Recurso 318/2009, ponente Enrique García García (repertorio La Ley 193275/2010). La Sala en este caso no permitió la impugnación por vía arbitral. Es interesante la distinción que hace este auto entre legitimación para la impugnación arbitral de acuerdos de la Junta General y del Consejo de Administración y la regulación de derecho imperativo que sobre los mismos contiene la Ley de Sociedades de Capital. Sobre este tema volveremos más adelante al analizar el artículo 11 bis LA.

La resolución citó otra anterior de la misma Sala en la que se había aplicado una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje de determinada sociedad. Pero ahora no lo hizo, en virtud del carácter con el que el demandante (socio y administrador) había emprendido el procedimiento arbitral, en el que se basaba la declinatoria propuesta por dicho demandante, que llevó a dictar el presente auto que traemos aquí. Dijo la resolución:

Ateniéndonos a tal criterio, que resulta aplicable cada vez que aparezca una contienda de las características que allí se daban, debemos remarcar las diferencias que existen con la que ahora nos ocupa, lo que justifica que la respuesta pueda ser distinta. Entonces se trataba del ejercicio de una acción de impugnación de determinados acuerdos de la junta general de la sociedad emprendida por el demandante que esgrimía su condición de socio de la misma. En cambio, ahora se trata del ejercicio de una acción de impugnación de unos acuerdos del consejo de administración que el actor emprende esgrimiendo su condición de miembro de dicho órgano. Este matiz es de gran relevancia, puesto que la ley distingue, aunque la

reconozca a ambos, entre la legitimación del administrador y la del socio para poder ejercitar ese tipo de impugnaciones (art. 70 de la LSRL, correspondiente con el art. 251 del reciente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), exigiendo en el caso del segundo que alcance un determinado porcentaje de participación social, por lo que no todo socio podría impugnar por si los acuerdos del consejo de administración; además , en el caso del administrador todas sus actuaciones pueden ser analizadas a la luz del régimen de responsabilidad que la ley le impone por el comportamiento que despliegue en el desempeño de su cargo (art. 69 de la LSRL, correspondiente con el art. 236 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), lo que no resulta aplicable al socio.

Nos encontramos, por lo tanto, con que la acción emprendida no resultaría subsumida en el ámbito del conflicto socio-sociedad al que de modo estricto se refiere la cláusula de sumisión a arbitraje, pues quedarían fuera de la misma las polémicas entre los administradores y la sociedad, ya que no cabe realizar una interpretación extensiva de la previsión estatutaria cuando además está en juego el derecho a obtener la tutela efectiva ante los tribunales (art. 24 de la Constitución) que solo puede derivarse hacia el proceso arbitral si mediase una incuestionable sumisión voluntaria de determinada cuestión litigiosa al arbitraje. Es cierto que el demandante, el Sr. Gabino, ostenta también la condición de socio, pero como se desprende de su demanda no accionó como tal, sino expresamente merced a su cargo de administrador social (es decir, con independencia de que fuese o no socio, merced a una legitimación diferenciada que le venía atribuida por la ley), sin que podamos entrever en ello el empleo de una censurable maniobra fraudulenta, pues está en su derecho de actuar de una u otra forma, con sujeción, según su elección, al cumplimiento de exigencias distintas de legitimación y a responsabilidades diferentes derivadas de tal opción. Por lo tanto entendemos que no podía la entidad societaria oponer en el presente caso la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje, estando el demandante en su derecho a acudir libremente ante los tribunales.

Posteriormente, «en la Ley 60/2003, de Arbitraje, no se recogió ningún precepto sobre arbitraje intrasocietario, creando un vacío difícil de comprender. El ciclo se cierra con la Ley 11/2011, en la que se incluyen dos preceptos, el 11 bis y el 11 ter, por los que se reconoce sin ambages la arbitrabilidad en los conflictos intrasocietarios, si bien manteniendo dudas y omisiones sobre las que la doctrina se ha pronunciado de forma contradictoria»⁴³⁵.

Lo anterior ha sido, a grandes rasgos, el tratamiento legislativo y jurisprudencial del arbitraje societario en nuestra historia legislativa⁴³⁶. Pero si la historia ayuda para explicar

⁴³⁵ MERINO MERCHÁN, F, *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit., pág. 2.

⁴³⁶ «En la legislación societaria española han jugado en contra del convenio intrasocietario dos paradigmas; a saber:

la génesis y el desarrollo del arbitraje en materia de sociedades, le corresponde al Derecho comparado aportar datos sobre los que deba moverse el legislador nacional⁴³⁷.

Así, partiendo de la admisibilidad del arbitraje societario, actualmente surgen, a su vez, dos problemas⁴³⁸:

- a) La afectación de los derechos e intereses de terceros accionistas que no son individualmente parte en el arbitraje.
- b) El carácter imperativo del Derecho societario cuando se trata de proteger los intereses de los accionistas minoritarios o de terceros.

a) LA AFECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES DE TERCEROS ACCIONISTAS QUE NO SON INDIVIDUALMENTE PARTE EN EL ARBITRAJE

En principio, al convenio arbitral, sin mayor concreción, se refería el art.5 (apartado 1) de la Ley de Arbitraje de 1988:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que

[1] la creencia de que la atribución imperativa de jurisdicción, recogida ya en el artículo 70 de la vieja Ley de Sociedades Anónimas de 1951, excluía *per se* el arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales.

[2] El segundo paradigma con el que se ha pretendido excluir el arbitraje intrasocietario ha sido la creencia de que el derecho imperativo necesario resulta incompatible con el convenio arbitral. El primer paradigma, después de muchos años de doctrina y jurisprudencia, ha quedado superado, al considerarse que la atribución imperativa de jurisdicción en la legislación especial no es otra cosa que una mera distribución material, funcional y jerárquica de los juzgados que han de conocer de las controversias litigiosas surgidas en esos ámbitos, lo que no empece el reconocimiento del convenio arbitral. Esta es la tesis central y seminal recogida en la citada RDGRN de 19 de febrero de 1998 y en la STS de 18 de abril del mismo año y que encuentran su epítome en la SAP Madrid de 24 de septiembre de 2002 y su colofón de cierre definitivo en la STC 9/2005, de 17 de enero. «Y, en cuanto al paradigma de la incompatibilidad de derecho imperativo necesario y el convenio arbitral intrasocietario, la superación ha venido dada por la consideración de que en esos casos, el arbitraje ha de ser de derecho, para que el árbitro aplique el derecho imperativo en la solución del conflicto. Esto es así, porque el arbitraje, al ser un equivalente jurisdiccional y el árbitro un *equijuez*, debe aplicar las normas de derecho necesario otorgando a las partes las garantías procesales reconocidas en el art. 24 CE.», MERINO MERCHÁN, F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*,...op. cit., págs. 2-3.

⁴³⁷ «En este sentido debe decirse que solo las legislaciones anglosajonas son francamente reconocedoras del arbitraje intrasocietario. En el continente europeo la Ordenanza francesa de 2006 se aproxima al arbitraje societario anglosajón; mientras que en las legislaciones alemana e italiana se mueven con ciertas restricciones, al excluir el convenio arbitral intrasocietario en las sociedades cotizadas en bolsa; si bien en Italia se admite que en el resto de sociedades mercantiles los socios discrepantes de las incorporaciones del convenio puedan acogerse al derecho de separación, en tanto que, en la legislación alemana se requiere unanimidad para introducir el convenio intraestatutario, el mismo criterio es seguido en Austria y Portugal», MERINO MERCHÁN, F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, op. cit., pág. 2.

⁴³⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores): *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid (2006). p.152.

puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

Por ello, debido a la parquedad de dicho artículo, «la doctrina y la jurisprudencia españolas, siguiendo la opinión predominante en el Derecho comparado, negaban el carácter arbitrable de la impugnación de acuerdos sociales. A ello contribuyó el Cco. 1885, la LSA de 1951 y la LSRL de 1953, que tras la inclusión obligatoria de la cláusula arbitral estatutaria impuesta por el Cco. 1829, nada dijeron al respecto, silencio que se interpretó como rechazo a la arbitrabilidad, fundamentándolo tanto en la existencia de un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales como en la indisponibilidad de la materia»⁴³⁹ .

Fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de febrero de 1998 (en adelante, RDGRN), la que estableció la posibilidad de inscribir los estatutos de una sociedad con un convenio arbitral, lo que significaba la vinculación respecto del mismo de todos los socios, incluso aquellos que no hubiesen suscrito personalmente el convenio:

Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. *El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.*

Al tiempo que soluciona el problema de la vinculación de los socios futuros al convenio arbitral:

Los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución «[...] y si el convenio arbitral se integra» en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla para-estatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y tantas otras que en

⁴³⁹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 45.

la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos.

Además, conforme a dicha RDGRN, «la eficacia que tiene la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje, respecto de aquellas cuestiones que puedan surgir en el curso de la relación social, deriva de ser el contrato de sociedad un contrato de tracto sucesivo; y la vigencia de esa cláusula para quienes en el futuro acudan a la condición de socios es consecuencia del principio de publicidad que rige en la inscripción de aquella en el Registro Mercantil y de la aceptación de las normas sociales que va necesariamente implícita en la integración en la sociedad mediante la adquisición de sus acciones»⁴⁴⁰.

Pero fue el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, el que introdujo una modificación en el artículo 114 del Reglamento del Registro Mercantil (relativo a la inscripción de la Sociedad Anónima), incluyendo el apartado 2:

Además, se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima.

En particular, podrán constar en las inscripciones:

c. El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de estos con la sociedad o sus órganos.

Asimismo, la modificación del Artículo 175.2.c del Reglamento del Registro Mercantil por el mismo Real Decreto (relativo a la inscripción de las Sociedades de Responsabilidad Limitada), establece que:

2. Además, se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios hayan juzgado conveniente establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada.

En particular, podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias:

c. El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de estos con la sociedad o sus órganos.

⁴⁴⁰GARBERI LLOBREGAT, J. *Comentarios...* op. cit. pág. 180. Vide STS 18.04.1998 que inició esta apertura (TOL.169.907).

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles, conforme al art. 11 ter de la LA (después de la modificación introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo):

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.

Este artículo 11 ter de la LA es copia literal del artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital; aquel referido al laudo arbitral y este a la sentencia estimatoria de la impugnación.

Hay una remisión implícita de este art. 11 ter a los capítulos III, IV, V, VI, VII y VIII del Título II del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1.784/1996, del 19 de julio, cuyo título II trata de «La inscripción de los empresarios y sus actos»; sus capítulos III a VIII, arts. 94 a 248, tratan sobre la inscripción de las sociedades en general, la inscripción de las sociedades anónimas, la inscripción de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción de las sociedades colectivas y comanditarias, la transformación, fusión y escisión de sociedades y la disolución y Liquidación de sociedades y cierre de la hoja registral. En este lugar del Reglamento vienen las referencias a la inscripción de circunstancias relativas a sociedades de capital. También en esta materia hay una referencia implícita al art. 22 Cco.

El apartado 2 de este artículo responde a la necesidad de que no exista acuerdo inscrito contradictorio con el laudo; ya que, de lo contrario, el laudo carecería de los efectos jurídicos que le son propios.

Estas novedades aportan una mayor seguridad jurídica en cuanto a la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios. Dicha seguridad jurídica se refuerza estableciendo la obligatoriedad de las inscripciones en el Registro Mercantil, necesarias para que la hoja de la sociedad refleje tanto el laudo correspondiente como sus consecuencias, en el caso de que este afecte a actos inscribibles o inscripciones ya realizadas.

OLIVENCIA RUIZ⁴⁴¹ se plantea aquí el conflicto entre publicidad registral y confidencialidad del arbitraje. Este autor opina que en este caso concreto, el carácter privado del laudo cede ante el principio de publicidad registral que rige en materia de impugnación de acuerdos sociales; y añade que la seguridad jurídica y la protección de los terceros con interés legítimo motivan que prevalezca la publicidad del laudo; además, la inscripción y publicidad del laudo arbitral dictado sobre nulidad o anulabilidad de acuerdos sociales son necesarias para su oponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros. Por ello, termina este autor, la excepción a la confidencialidad solo se da en este caso concreto que contempla el apartado 2 del artículo.

La publicación de un «extracto» del laudo en el BORME es un mandato al propio registrador mercantil (art. 390 del Reglamento del Registro Mercantil); su contenido debe tener: mención del tribunal arbitral que dictó el laudo con su fecha, las partes de la controversia, la identificación del acuerdo impugnado y una transcripción literal del fallo.

El apartado 2 de este art. 11 ter LA contempla la hipótesis de que el acuerdo impugnado, y declarado nulo por el laudo arbitral, estuviese inscrito en el Registro Mercantil. En este caso, para mantener el tracto sucesivo registral, y para que el Registro se acomode fielmente a la realidad extrarregistral, se dispone que la existencia del laudo determinará la cancelación de la inscripción del acuerdo declarado nulo, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con aquella inscripción.

Este apartado 2 lo que quiere decir es que la sola existencia del laudo declaratorio de la nulidad de un acuerdo inscrito conlleva, desde el punto de vista de la mecánica registral, la cancelación de la inscripción del acuerdo en cuestión y la de los acuerdos posteriores contradictorios «con ella»⁴⁴².

⁴⁴¹ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Art. 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (coordinador GONZÁLEZ SORIA), Julio, 2ª edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 185-186.

⁴⁴² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en «comentario al art 11 bis» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 373-374, se pregunta que es el «ella», y ofrece dos alternativas:

a) podría considerarse que «ella» es la inscripción del acuerdo declarado nulo.
b) pero también que «ella» es la cancelación de dicha inscripción. La segunda interpretación es la correcta, pues «de lo que se trata es de que no subsista en el Registro la apariencia de validez de asientos que, siendo posteriores al del acuerdo declarado nulo, sean contradictorios (es decir, resulten incompatibles) con el hecho de que la inscripción del acuerdo declarado nulo hubiese sido cancelada. Es posible que la cuestión derive de la circunstancia de que el legislador ha optado por seguir el criterio de la «contradicción», siendo así que probablemente habría sido más adecuado hablar de acuerdos (los posteriores) que traen causa, derivan o tienen su fundamento en el que luego ha venido a ser declarado nulo».

ROJO FERNÁNDEZ-RIO⁴⁴³ comentó que el problema fundamental es saber cuándo un acuerdo es contradictorio con otro. Este autor opina que la competencia para realizar este «juicio de contradicción», esto es, la determinación de qué acuerdos inscritos posteriores son contradictorios, corresponde al juez, quien debe determinar el ámbito objetivo de las inscripciones que deben ser canceladas.

OLAVARRÍA IGLESIA⁴⁴⁴ y OLIVENCIA RUIZ⁴⁴⁵ opinan que la determinación de las inscripciones que deben cancelarse corresponde al registrador mercantil.

ARIZA COLMENAREJO⁴⁴⁶ y MERINO MERCHÁN⁴⁴⁷ opinan que es el árbitro el obligado.

DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁴⁸ opina que es el registrador mercantil, pero que solo debe examinar la legalidad formal del documento sin entrar a juzgar el contenido del laudo, que le está vedado. Además, sugiere que al laudo arbitral le es de aplicación lo establecido en el apartado 3 del art. 222 LEC: «las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectaran a todos los socios, aunque no hubieren litigado».

Para finalizar, anotemos que para MERINO MERCHÁN⁴⁴⁹ el convenio arbitral en la Ley 11/2011 tiene un doble ámbito:

- a) Por un lado, el ámbito subjetivo: debiéndose señalar que comprende toda la tipología societaria, esto es, desde las sociedades personalistas a las de capital, pasando por las sociedades cooperativas y sociedades profesionales y, por supuesto, incluyéndose también las sociedades anónimas cotizadas. Por esta razón, al ser el pacto arbitral intrasocietario de naturaleza normativa, se trataría

⁴⁴³ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel, «art. 208», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, obra colectiva dirigida por ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, Edit. Civitas, Navarra, 2011, I, pág. 1477; Puso este ejemplo: «Así, según una interpretación amplia, la declaración de nulidad del nombramiento del administrador único comporta la cancelación de todas las inscripciones de los acuerdos adoptados por las juntas generales posteriores que hubiera convocado ese administrador, así como de todas las inscripciones de los poderes otorgados por ese administrador. Por el contrario, según una interpretación estricta, solo son contradictorios aquellos acuerdos posteriores que sean absoluta y totalmente incompatibles con la declaración de nulidad de un acuerdo precedente. En este sentido, si se declara la nulidad de un acuerdo de aumento del capital social de 100.000 a 1.000.000 euros, tiene también que cancelarse la inscripción de una posterior operación de aumento de ese capital de 1.000.000 a 10.000.000».

⁴⁴⁴ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, «Art. 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* (Coordinadora BARONA VILAR, Silvia), 2ª edición, Ed. Civitas, Navarra, 2001, pág. 701.

⁴⁴⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje...op. cit. pág. 187.*

⁴⁴⁶ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011* (director DAMIÁN MORENO, Juan), Ed. La ley, Madrid, 2011, pág. 62-63

⁴⁴⁷ MERINO MEERCHÁN, J., «Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, monográfico sobre arbitraje y mediación, enero de 2013, pág. 99-135.

⁴⁴⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art. 11 bis», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 375-376

⁴⁴⁹ MERINO MERCHÁN, J., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011,...op. cit., pág. 3.*

de examinar todos y cada uno de los supuestos subjetivos que se dan en las sociedades, fundamentalmente en las de carácter corporativo. O dicho de otra forma, dados los términos en que se manifiesta el artículo 11.1 bis se trataría de ver el alcance que tiene el arbitraje intrasocietario respecto a los socios y sujetos que intervienen en ese tipo de sociedades, incluyendo si el convenio afecta o no afecta a accionistas que no tengan la condición de socios, sin olvidar a los administradores, a los titulares de derechos reales y a los titulares de derechos de embargos de acciones y/o de participaciones. La respuesta es inequívoca: el carácter orgánico, normativo y público del convenio, afecta a todos los socios.

- b) En cuanto el ámbito objetivo, debe resaltarse que tras la Ley 11/2011 se expanden sus efectos no solo a la impugnación de acuerdos de las juntas generales y del consejo de administración, sino a las distintas controversias que pueden plantearse en relación a las causas de disolución de sociedades, incluso las derivadas de fusiones y escisiones, del derecho de separación, de la responsabilidad de los administradores y en fin, de la liquidación y división del patrimonio de la sociedad.

b) EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DERECHO SOCIETARIO CUANDO SE TRATA DE PROTEGER LOS INTERESES DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS O DE TERCEROS

Siguiendo la misma línea marcada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la STS de 18 de abril de 1998 (como ya vimos en el caso de los arrendamientos) estimó que:

En principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. [...] la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas sino al cauce procesal de resolverlas.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la cláusula arbitral bajo la vigencia de la Ley de 1988, debemos indicar que:

El convenio arbitral (artículo 5 ley 36/1988) vincula a las partes que lo han formalizado, debiendo expresar la voluntad inequívoca de las mismas de someter las determinadas cuestiones (todas o algunas) a la decisión de los árbitros, es decir se exige el consentimiento expreso, por lo que solo vincula, como se ha dicho, a las partes, es decir a los

socios al tiempo de constituir la sociedad o, en su caso a los posteriores, por lo que el único convenio arbitral que vincula a los socios demandantes es el establecido al tiempo de constituirse la sociedad, pero no el que fue fruto de un pacto (aprobación de los nuevos estatutos en la Junta de septiembre de 1998) en el que no tuvieron intervención los socios demandantes, por su exclusión con anterioridad a la votación de los nuevos estatutos donde se contiene la cláusula arbitral con mayor amplitud que la recogida en los anteriores⁴⁵⁰.

Por otra parte, la LA (después de la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo) reconoce expresamente en su art. 11 bis) el arbitraje estatutario/societario en los siguientes términos:

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 sumisión 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 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 institución arbitral.

Como vemos:

- El apartado 2 exige una mayoría reforzada⁴⁵¹.
- El apartado 3 dispone que debe encomendarse la administración del arbitraje y la designación del árbitro o árbitros, si son varios, a una institución arbitral.
- De la dicción literal del artículo se desprende que se veta a las partes la posibilidad de designar a los árbitros, tarea que se impone a la institución arbitral que administre el arbitraje⁴⁵².

⁴⁵⁰ STS de 9 de julio de 2007, en resolución de un recurso de casación; Antecedentes de Hecho Segundo (TOL.1.143.870).

⁴⁵¹ «En cuanto a los requisitos formales bajo los cuales debe incorporarse el convenio arbitral intrasocietario, en este punto debe observarse la evolución parlamentaria que tuvo el artículo 11 bis.2, hasta llegar a su redacción actual, en la que se ha fijado, para su introducción en los estatutos sociales, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social. Omite el legislador, y esto ha sido origen de una fuerte polémica, lo referente a los socios o accionistas que voten en contra de la incorporación del convenio arbitral intrasocietario. Este silencio ha alimentado en cierto sector doctrinal la teoría de la inconstitucionalidad del precepto bajo el fundamento de que se trata de una norma contraria a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho fundamental a la jurisdicción del artículo 24.1 de la Constitución», MERINO MERCHÁN, F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit., pág. 3.

⁴⁵² Sobre este aspecto opina MERINO MERCHÁN, que «la Ley 1/2011 guarda, entre otros, un ominoso silencio sobre si cabe o no el arbitraje ad hoc en la impugnación de acuerdos sociales; sobre el procedimiento que ha de seguirse en el seno de la sociedad cuando se presente una solicitud de arbitraje

Así, siguiendo a ENRIQUE ORTEGA BURGOS⁴⁵³, el arbitraje societario «nace del principio de autonomía de la voluntad (Artículo 1255 del Código Civil) con su concreción societaria en el actual artículo 28 del RD 1/2010, de 2 de julio (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de las Sociedades de Capital), de la voluntad de las partes de someter un asunto presente o futuro controvertido a arbitraje, configurada como forma alternativa a la vía jurisdiccional, siempre que como indica el Artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, se trate de una controversia sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Como establece la propia Exposición de Motivos de la LA, esta no da un elenco de cuestiones arbitrables sino que parte del principio de la disponibilidad de las materias para fijar su arbitrabilidad o no».

El marco legal del arbitraje societario viene delimitado por la propia legislación arbitral y por lo dispuesto en el Artículo 28 del Real Decreto 1/2010, citado, cuando establece que «En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido» (en línea similar al derogado artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas)⁴⁵⁴.

En este sentido, «la cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de esta. Así, el límite objetivo de la cláusula arbitral estatutaria lo constituyen todas las controversias jurídicas que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad, que versen sobre derechos disponibles relativos a la relación societaria (artículos 2.1 y 9.1 A)»⁴⁵⁵. Por tanto, «la

por un conflicto societario; y, también se mantiene silente el legislador sobre qué ocurre si el laudo guarda silencio sobre la cancelación de la inscripción y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. ¿Puede acudirse a la vía del artículo 39 de la Ley de Arbitraje? o, ¿Deberá el Registrador mercantil suplir esa deficiencia?». Por lo que concluye este autor: «En conclusión, se comprenderá que junto a esos silencios del legislador en cuestiones tan sensibles y la falta de uniformidad en las legislaciones continentales, se requiera, por un lado, que el legislador español subsane las omisiones, y por otro, que UNCITRAL dicte las correspondientes reglas con pretensión de universalidad con el fin de uniformar las divergencias existentes entre las legislaciones nacionales, para alcanzar la certeza y la seguridad jurídica tan necesaria en las transacciones internacionales de las que la sociedad mercantil es su eje principal». MERINO MERCHÁN, F., en *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit. págs.3-4.

⁴⁵³ ORTEGA BURGOS, Enrique, *Noticias Jurídicas/artículo doctrinal* (mayo 2011), párrafo 2º.

⁴⁵⁴ ORTEGA BURGOS, Enrique, *Los conflictos societarios y el arbitraje: pasado, presente y futuro*, Noticias Jurídicas/artículo doctrinal, mayo 2011. www.noticiasjuridicas.com, párrafo 7º.

⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Barcelona, (2010), pág. 218 in fine. La autora cita igualmente en su apoyo las opiniones de MARENGO, R. «art. 807 c.p.c. (Forma del compromesso)» pág. 17; FABIANI, Massimo «L'arbitrato nel nuovo diritto societario alla luce delle disposizioni del D. Lgs. N.5 del 17 gennaio 2003», en *Bollettino economico, 2 quaderni di studi economici e giuridici*, Camera di Commercio, industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, julio de 2003, pág. 4; y COHEN, Daniel, *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993, pág. 67.

cláusula arbitral debe dibujar el marco objetivo que acote las relaciones jurídicas y los eventuales temas conflictivos que se someten a arbitraje»⁴⁵⁶.

El convenio arbitral debe determinar cuáles sean las relaciones jurídicas, concretas y definidas, que las partes someten a arbitraje. En modo alguno cabe, por nula, una cláusula arbitral que se refiera genéricamente a «cuestiones litigiosas» sin más concreción. Y este fue el criterio del Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1968⁴⁵⁷.

Vemos, pues, cómo la situación no ha cambiado mucho respecto de la Ley de 1988, donde la STS de 9 de julio de 2007 (antecedente de hecho segundo) declara:

Además es necesario que en el compromiso arbitral se establezca igualmente la obligación de cumplir la decisión de los árbitros [por exigencia del art. 5 de la Ley de 1988.

Pero la cláusula (tal y como señala ENRIQUE ORTEGA BURGOS⁴⁵⁸) también vincula a los administradores, ya que el administrador debe conocer, cumplir y hacer cumplir los estatutos; además, asume los estatutos cuando acepta el cargo.

2. Las reglas del nuevo artículo 11 bis ley 60/2003

Para terminar veamos en detalle el mecanismo del nuevo artículo 11 bis a la luz de la doctrina actual. Este nuevo art. 11 bis da respuesta a las cuestiones que, como hemos descrito arriba, la doctrina y la jurisprudencia se habían planteado en el pasado⁴⁵⁹. Un primer apunte sobre la denominación de este tipo de convenio arbitral

⁴⁵⁶ ORTEGA BURGOS, E., *Los conflictos societarios y el arbitraje...* op. cit. párrafo 27º.

⁴⁵⁷ ORTEGA BURGOS, E., *Los conflictos societarios y el arbitraje...* op. cit. párrafo 29º.

⁴⁵⁸ ORTEGA BURGOS, E., *Los conflictos societarios y el arbitraje...* op. cit. párrafo 28º.

⁴⁵⁹ A este respecto, RODRÍGUEZ ROBLERO anota:

A través de esta reforma se han desmantelado las posturas anti arbitrales que subsistían en cuanto a la materia societaria. Aquellas que tenían su fundamento en la imperatividad de las normas que regulan esta materia y, en específico, la impugnación de los acuerdos sociales, se han presentado como no adecuadas. Que una materia esté regulada por normas imperativas no es óbice para impedir su arbitrabilidad, ya que el árbitro, en este caso, deberá aplicar esas mismas normas imperativas al igual que lo haría un juez, sin equiparar el arbitraje con la arbitrariedad. Ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en la legislación societaria existe límite alguno a la disponibilidad de la impugnación de acuerdos sociales, más bien se permite la renuncia y la disposición de los acuerdos por los socios, permitiendo así el arbitraje.

Para esta autora no es argumento determinante para la exclusión del arbitraje cuando haya procedimientos paralelos, uno arbitral y otro judicial, o que no puedan participar terceros. En el procedimiento judicial, se deberán aplicar las reglas de acumulación de acciones o de prevalencia de procedimientos en el tiempo (ex art. 79 LEC). En el segundo caso, cuando el procedimiento sea instado por un tercero no vinculado por la cláusula arbitral y no se haya adherido tampoco a él mediante un convenio arbitral *ad hoc*, es evidente (dice la autora) que prevalecerá el procedimiento judicial iniciado por él, pero esto no determina que la materia no sea arbitrable, sino que no será, en ese asunto en concreto, la vía adecuada para resolver este conflicto, ya que el árbitro carecerá de competencia para resolver el litigio. En cuanto a la hipótesis de existencia de terceros involucrados en el litigio, tampoco esto (continúa la autora) es una razón suficiente para considerar que estamos ante materia no disponible y, por tanto, inarbitrable. Dice al respecto: «El tercero si quiere hacer valer sus derechos mediante un procedimiento arbitral podría hacerlo

lo encontramos en MERINO MERCHÁN⁴⁶⁰, que denomina a este arbitraje en función del objeto y no de la forma (arbitraje estatutario) y por eso lo llama como «arbitraje intrasocietario», y habla de «convenio arbitral intrasocietario».

El art. 11 bis (como el art. 11 ter) LA tiene una correlación directa con dos preceptos de la LA: con el art. 2, del que ya hemos hablado más en profundidad en el apartado anterior al tratar sobre las materias de libre disposición, y con el artículo 41 sobre los motivos de impugnación del laudo arbitral.

Como hemos expuesto en este trabajo, hubo en el pasado, y las sigue habiendo ahora, discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance de las palabras «materias de libre disposición conforme a derecho», que utiliza el art. 2 LA para determinar o definir qué materias (controversias) son susceptibles de arbitraje. Como hace notar DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶¹, la «estadística jurisprudencial» muestra que la discrepancia más significativa ha sido aceptar (o no) que los conflictos planteados en el seno de una sociedad de capital (entre socios o con la sociedad como tal) pudieran ser resueltos por medio de un arbitraje establecido al efecto por una cláusula estatutaria de la compañía mercantil. Este art. 11 bis ha disipado muchas de las dudas que al respecto hubo en el pasado.

El otro precepto de la LA concordante con los dos artículos anteriores es el art. 41 LA, que recoge los motivos en los que puede fundarse la acción de anulación del laudo: para el apartado 1, letra a) lo será cuando «el convenio arbitral no existe o no es válido», y aquí, dentro de la categoría de la invalidez, se encontraría la consistente en haberse resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje. También, dentro de este mismo apartado, la letra e), recoge el caso de que «los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje». El que una materia no sea susceptible de arbitraje, referida a

si las partes del convenio arbitral se lo permitieran; pero si no se diera el caso y la Ley le concediera legitimación para impugnar (acuerdos nulos), podrá el tercero instar el procedimiento de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, no existiendo problemas ni de litispendencia ni de cosa juzgada con relación al procedimiento arbitral por no haber identidad de sujetos, aunque el objeto y la causa sean los mismos (arts. 222 y 421 LEC)». RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada, *El arbitraje societario en la nueva Ley de arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*, en *Revista de Derecho de sociedades*, 37, julio-diciembre 2011, pág. 115.

⁴⁶⁰ MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, monográfico sobre arbitraje y mediación, enero de 2013, págs. 99-135.

⁴⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «comentario al artículo 11 bis», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Lorenzo Prats Albentosa (coordinador), Edit. La Ley, Madrid, 2013, pág. 307.

una controversia o parte de ella, igualmente podría encauzarse también por la letra f) de este precepto (de forma aislada o acumulada) como motivo de anulación de un laudo por ser «contrario al orden público». Por último, el apartado 3 de este art. 41 LA, aclara que en los casos de los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará solo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o «no susceptibles de arbitraje», siempre que puedan separarse de las demás.

DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶² vislumbra que «este nuevo art. 11 bis ha de significar una muy considerable reducción de los casos en los que puede ser objeto de anulación un arbitraje societario, en tanto en cuanto ahora puede ser (ya sin duda) un arbitraje estatutario».

ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

El art. 11 bis tiene tres apartados:

- 1º. El primero contiene el principio de que los conflictos que se planteen dentro de las **sociedades de capital** pueden ser sometidos a arbitraje, esto es, excluidos de la vía judicial, en virtud de una cláusula inserta en los estatutos originarios de la entidad.
- 2º. El segundo contempla dos hipótesis: la hipótesis de que en los estatutos sociales no existiera con anterioridad cláusula de sometimiento a arbitraje y pueden ser introducidos después; y la hipótesis de que, existiendo antes esa cláusula, se pretendiera darle una nueva redacción, sobre todo si es en el sentido de ampliar la descripción o enumeración de los conflictos societarios sometibles a la vía arbitral.
- 3º. El tercero establece un régimen específico para el sometimiento a arbitraje (en los estatutos sociales) de un particular tipo de conflicto, que es el constituido por la impugnación de los acuerdos sociales de la entidad.

Analicemos cada uno de los tres apartados:

1º. El apartado 1 del artículo 11 bis

¿Qué tipo de sociedades caben en este artículo? Expresamente el precepto menciona las sociedades «de capital». ¿Y qué ocurre con las sociedades que no menciona?

⁴⁶² Ibíd. pág. 308.

a) Tipos de sociedades

- Las sociedades de capital

El artículo, en su conjunto, se refiere a las «sociedades de capital».

Las «sociedades de capital» (o capitalistas) se opone a las denominadas «sociedades personalistas» (o de personas). Las personalistas se caracterizan por la relevancia que en ellas se concede a las condiciones o características personales de los socios; además, en las sociedades personalistas los socios (o parte de ellos) responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales, circunstancia que no se da en las sociedades de capital.

Dentro de las sociedades de capital encontramos la sociedad anónima, la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones. El arquetipo de sociedad personalista es la llamada «sociedad colectiva», pero también reviste tal carácter la figura de la llamada «sociedad comanditaria simple». En esta última, unos socios (los colectivos) desempeñan en exclusiva la dirección y la gestión de la sociedad, respondiendo ilimitadamente de las deudas sociales, mientras que otros, los «comanditarios», no participan de la gestión social y responden de las obligaciones sociales de forma limitada (solo hasta la cifra de su aportación a la sociedad).

- Las sociedades personalistas

El que este artículo se refiera solo a las sociedades de capital, hace preguntarse a DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶³ sobre la posibilidad de arbitraje societario en las demás sociedades mercantiles, o sea, las llamadas personalistas, la colectiva y la comanditaria simple, después de responder afirmativamente añade:

Por la misma razón, no encuentro ningún obstáculo para que con posterioridad a la escritura de constitución de una de estas compañías, los socios pudieran acordar la

⁴⁶³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «comentario al art 11 bis» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 343. «A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa, en el sentido de que no parece a la Ley estatal existir dificultad alguna en que en la escritura de constitución de la compañía pueden incluirse las cláusulas que los socios tengan por conveniente, de acuerdo con el principio de libertad de pactos del art. 1.255 del Código civil; es decir, con el solo límite del respeto a la ley, a la moral y al orden público. Criterio que encuentra refrendo en el último párrafo del art. 125 del Código de comercio». «Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer». «Norma aplicable a la sociedad *comanditaria simple*, en virtud del art. 145 del C.com.».

«introducción en los estatutos», siguiendo las palabras del apartado 2 de este art. 11 bis, de una cláusula o estipulación por la que acordaren la fórmula del *arbitraje societario*. Pero, a mi entender, esta hipótesis requeriría el acuerdo unánime de los socios, por tratarse de una novación objetiva del contrato de constitución de la sociedad, necesitada de la concurrencia del consentimiento de todos los socios.

Dentro también de las *sociedades personalistas*, no debe excluirse el caso de que uno de sus socios transmitiese a otra persona su cualidad de socio, hipótesis a la que se refiere el art. 143 del Ccom.; este artículo requiere el consentimiento de los demás socios, pues el que *sustituya en su lugar* al transmitente, queda vinculado por la cláusula estatutaria (originaria o posterior a la constitución de la sociedad) por la que se hubiera establecido una fórmula de *arbitraje societario*. Para DE ANGEL YAGÜEZ⁴⁶⁴ este es «un ejemplo de subrogación del adquirente en la posición jurídica del transmitente; es decir, asume la condición de socio con el mismo alcance y con las mismas consecuencias que tenían para el socio *sustituido*».

- La sociedad cooperativa

El art. 11 bis no menciona a la sociedad cooperativa, pero ha de tenerse presente lo que establece la disposición adicional décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas:

1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el periodo de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad.
2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.

DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶⁵ se plantea la hipótesis de que la Asamblea general de la cooperativa, en ejercicio de la competencia que le atribuye la letra c) del apartado 2 del

⁴⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 344.

⁴⁶⁵ *Ibíd.* pág. 345.

art. 21 de la Ley, adoptare un acuerdo de modificación de los estatutos, para introducir en ellos un *arbitraje societario* hasta entonces inexistente. Y responde que todo consistirá en aplicar las normas legales o las reglas estatutarias en cuanto a mayorías exigibles para la modificación de los estatutos. Y esto, sin perjuicio de que pudiera suscitarse, en este caso, el problema de la eficacia (o no) de la modificación estatutaria en relación con los socios disidentes del acuerdo de la mayoría o de los que no hubiesen asistido a la sesión de la asamblea general en la que tal modificación estatutaria hubiese sido acordada.

- La sociedad civil

Aunque el art. 11 bis tampoco menciona a la sociedad civil, la doctrina entiende que en el contrato de sociedad civil tiene plena cabida una cláusula de arbitraje societario, pues así lo permite el art. 1.255 del Código civil. Por las especificidades de este tipo de sociedad personalista, si un socio transmite su condición a otro requerirá de la unanimidad del resto de socios; el nuevo socio quedaría obligado al arbitraje societario pactado en el contrato de sociedad (original o posterior), como si de una subrogación se tratase.

b) ¿Quién somete a arbitraje?

En este apartado, referido a las sociedades de capital, el precepto permite, sin límite, el arbitraje societario, esto es, una cláusula estatutaria por la que los conflictos que en el seno de dichas sociedades se planteen sean resueltos mediante arbitraje, excluyendo la vía jurisdiccional.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶⁶, la actual redacción «Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ella se planteen» es incorrecta por dos razones:

- a. «Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje...»: Quienes «pueden someter a arbitraje» son los socios constituyentes de la sociedad, no la sociedad (o, al menos, no solo la sociedad).
- b. «Los conflictos que en ella se planteen [...]»: en esta frase parece que la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos se confiere a la sociedad como tal (lo que reduciría el ámbito del arbitraje a

⁴⁶⁶ *Ibíd.* pág. 346.

pretensiones de la sociedad contra los socios o contra algunos de ellos); y la preposición «en» presupone que la sociedad como tal es siempre parte en el conflicto.

Y propone sustituirla por la expresión: «En los estatutos de las sociedades de capital podrá establecerse el sometimiento a arbitraje...».

MERINO MERCHÁN⁴⁶⁷ hace la siguiente relación de quienes pueden someter a arbitraje intrasocietario:

1. Los socios fundadores y socios futuros: el convenio arbitral intrasocietario puede desplegar sus efectos respecto a los socios fundadores y respecto a los socios futuros. En relación con estos últimos, la incorporación del convenio arbitral a los estatutos sociales y la inscripción de estos en el Registro Mercantil pasan a formar parte de las normas orgánicas reguladoras que configuran los derechos, deberes y obligaciones propios de la condición de socio.
2. Los accionistas que no tengan la condición de socios, por no haberse llevado a cabo la correspondiente inscripción en el libro de registro de acciones nominativas, no quedarían afectados por el convenio arbitral inserto en los estatutos de la mercantil hasta tanto no se produzca su inscripción en dicho libro.
3. Los socios que disienten de la introducción del convenio arbitral intrasocietario.
4. Los socios que fueron excluidos de su voto: quedarían excluidos del convenio arbitral, en principio, si posteriormente impugnan los estatutos que recogen el convenio por considerarlos ilegales.
5. Los socios que niegan su condición de tales: MERINO MERCHÁN admite la arbitrabilidad de los conflictos sobre la cualidad o no de socio, dejando la cuestión al árbitro para que decida el conflicto.
6. Los conflictos entre el administrador y la sociedad: puede establecerse la pauta estatutaria de que el arbitraje sea de aplicación para resolver los conflictos entre el administrador y la sociedad, si esta previsión se explicita en los estatutos y los administradores, al aceptar su nombramiento, la aceptan también.

⁴⁶⁷ MERINO MERCHÁN, J.F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit. pág. 121.

7. Los liquidadores de la sociedad: puede mantenerse lo mismo que con respecto a los administradores.
8. Los obligacionistas: quedan excluidos del convenio arbitral intraestatutario, pero nada impide que el sindicato de obligacionistas incluya el convenio arbitral para solventar las diferencias entre estos últimos.
9. Los titulares de derechos reales sobre acciones y/o participaciones: quedarían en principio excluidos, ya que ostentan la posición de terceros frente a la sociedad, salvo que tuvieran atribuidos los derechos políticos (derecho de asistir y votar, y el de la información).
10. Los titulares de embargos de participaciones o de acciones, los auditores y los terceros ajenos a la sociedad, están excluidos del arbitraje intrasocietario.

DE ÁNGEL YAGÜEZ añade:

11. La propia sociedad dentro del ámbito subjetivo del arbitraje; por cuanto puede haber pretensiones formuladas por la sociedad contra administradores y socios; «ejemplo de esto último sería la exigencia de aportación de un dividendo pasivo, o la reclamación por violación, por parte de un socio, de específicos deberes de no concurrencia o no competencia. Del mismo modo, pueden existir pretensiones de socios contra la sociedad, como serían los casos de impugnación de acuerdos de la junta general o del consejo de administración»⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ «En esas posibles controversias entre socio y sociedad, podría plantear problema, sobre la cuestión relativa a la arbitrabilidad, el hecho de que un socio fuera promotor o destinatario de una reclamación por una circunstancia no estrictamente vinculada a su condición de socio como tal. Pienso, por ejemplo, en la pretensión de la sociedad contra un antiguo gerente, que sigue siendo socio. O, en sentido inverso, en la pretensión de un socio contra la sociedad, resultante del arrendamiento de un bien (propiedad del socio), hecho a la sociedad (arrendataria). Estimo que el arbitraje intrasocietario, en cuanto se refiere a los socios, les afecta o alcanza únicamente *en su condición de tales socios*; es decir, que no están dentro de su ámbito las controversias (bien entre socios, bien entre socio y sociedad) cuyo fundamento no radique, precisamente, en las relaciones, por así decirlo, *intrasocietarias* o sociales en sentido estricto». DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art 11 bis» *en Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 348.

c) ¿Qué conflictos se pueden someter a arbitraje societario?

Este apartado aclara muy bien todos los interrogantes que la doctrina y la jurisprudencia se planteaban sobre las materias societarias arbitrables. De todas formas, se debe redactar el convenio arbitral societario con claridad, para que no quepan dudas de su objeto.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶⁹, el artículo «los» de la expresión «someter a arbitraje los conflictos del apartado 1 de este art. 11 bis, da a entender que caben «cualesquiera conflictos, es decir, todos los posibles». Hemos visto al comienzo de este apartado cómo la jurisprudencia nacional ha estudiado las distintas redacciones de convenios arbitrales intrasocietarios o estatutarios.

Para MERINO MERCHÁN⁴⁷⁰ caben los siguientes supuestos de arbitraje societario tras el nuevo enfoque del art. 2.1 LA que ha dado una nueva visión de la disponibilidad arbitral:

1. La impugnación de los acuerdos del consejo de administración.
2. La materia de disolución societaria, donde cabrían las siguientes hipótesis:
 - a. El cumplimiento del término fijado en los estatutos.
 - b. La conclusión de la empresa que constituya el objeto societario o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.
 - c. Otra hipótesis es la de disolución como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (en el fondo es un tema contable).
 - d. La fusión y escisión de sociedades.
 - e. La disolución de las sociedades por las causas establecidas en los estatutos es materia perfectamente disponible por las partes.

⁴⁶⁹ Ibíd. pág. 348. Aquí este autor propone la siguiente redacción de convenio arbitral intrasocietario: «Queda sometido a arbitraje todo (o cualquier) conflicto que pudiera plantearse entre los socios (o parte de ellos) con la sociedad o con cualquiera de sus órganos, y viceversa. Queda también sometido a arbitraje todo (o cualquier) conflicto que pudiera plantearse entre los socios, o entre socios, de un lado, y los demás socios, o parte de ellos, conjuntamente con la sociedad o cualquiera de sus órganos, y viceversa».

⁴⁷⁰ MERINO MERCHÁN, J.F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*,...op. cit. págs. 125-129.

3. La impugnación de acuerdos sociales.
4. La responsabilidad social de los administradores⁴⁷¹.
5. La separación y exclusión de socios⁴⁷².
6. La valoración de las participaciones o de las acciones.
7. La liquidación y división del haber social, también es susceptible de arbitraje intrasocietario.

En mi opinión, cabrían también las impugnaciones a los acuerdos de transformación, fusión, escisión o cesión global y traslado de sede social a que se refiere la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE núm. 82, de 4.abril.2009.

d) ¿Es posible un convenio arbitral societario en equidad?

Como ya hemos expuesto en este trabajo, el art. 34.1 LA dispone, en relación con las normas aplicables al fondo de la controversia, que para que los árbitros resuelvan en equidad debe decirse así expresamente.

PÉREZ DE LA CRUZ⁴⁷³ tenía sus reservas sobre la admisibilidad del arbitraje de equidad cuando se pretendía la impugnación de un acuerdo por haber contravenido una norma legal (acuerdo nulo).

ARIZA COLMENAREJO⁴⁷⁴, aunque reconoce que existe una jurisprudencia en contra (que tenía en cuenta las normas de derecho imperativo societario y por lo tanto solo podían ser aplicadas en arbitraje de Derecho y no en equidad), no encuentra ningún problema para que en los estatutos sociales se opte por un arbitraje de equidad para todo tipo de controversias que se susciten, pues, concurriendo el requisito de la arbitrabilidad,

⁴⁷¹ «La cuestión de la responsabilidad de los administradores es de orden público, lo cual significa, llana y sencillamente, que los estatutos no pueden exonerar de tal responsabilidad. Pero ello no pugna con la posibilidad de someter, a través del convenio arbitral estatutario, la citada responsabilidad y sus efectos, dado que no se trata de renunciar a exigir la mencionada responsabilidad; porque si así fuese, sería nulo el arbitraje». *Ibíd.* págs. 125-129.

⁴⁷² Vide los arts. 346 y 347 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, RDL 1/2010, de 2 de julio, que contemplan hipótesis que son un ámbito propicio para resolver mediante arbitraje los conflictos que se planteen al respecto.

⁴⁷³ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, «Arbitraje societario», en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, (coordinadores DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago), Edit. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 966.

⁴⁷⁴ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011*, (director DAMIÁN MORENO, Juan), Edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 61.

opina que no pueden existir materias que queden resueltas por arbitraje de Derecho y no de equidad.

MERINO MERCHÁN⁴⁷⁵, escribiendo sobre la impugnación de acuerdos sociales, dice que «no se ha establecido ninguna restricción legal que impida incorporar el arbitraje de equidad en los estatutos sociales», aunque manifiesta que es un caso no pacífico en la doctrina, pero se ha usado en el Derecho societario. En caso de que haya normas de *ius cogens* las deberán citar los árbitros; y entiendo que estas afectan tanto a los árbitros como a los jueces.

En un artículo muy poco anterior a la reforma 11/2011, MANUEL GARCÍA VILLARRUBIA⁴⁷⁶ recogía varias sentencias de Audiencias Provinciales que consideran posible el arbitraje de equidad en «conflictos societarios», entre otras:

- **SAP Navarra, sección 2ª, de 4 junio 2001** (repertorio La Ley 111779/2001)⁴⁷⁷ dijo: «Debemos discrepar con radicalidad de la afirmación mantenida...relativa a que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 Abril 1998, no permite afirmar la admisibilidad del arbitraje de equidad para los supuestos de impugnación de acuerdos sociales».
- **SAP Girona, sección 1ª, de 17 noviembre 2004** (repertorio CENDOJ, ROJ SAP GI 1561/2004) recayó también en un arbitraje societario de equidad.
- **SAP Guipúzcoa, sección 2ª, de 4 febrero 2008** (repertorio TOL.1.414.960) manifestó:

...Se alega por los recurrentes la inviabilidad de un arbitraje de equidad para la impugnación de acuerdos sociales y con relación a dicho extremo ha de indicarse que el arbitraje de equidad no tiene porqué resultar inadecuado en estos casos, aun cuando en los mismos deban completar sus razones de equidad, según su saber y entender, con los

⁴⁷⁵ MERINO MERCHÁN, J.F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit. págs. 127-128.

⁴⁷⁶ GARCÍA VILLARRUBIA, Manuel, *¿Pueden someterse estatutariamente a arbitraje de equidad la resolución de conflictos societarios y, concretamente, la impugnación de acuerdos sociales?*, publicado en *El Derecho*, Boletín de Mercantil, nº. 25, año 2010, www.uria.com, recoge una selección de las sentencias que arriba menciono y de la opinión de la doctrina que mantenía dudas sobre este aspecto, entre ellos: GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad*, en *RdS*, 2009-1, nº 32, pp. 43 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Artículo 2», en *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, González Soria, J. (coordinador), Madrid, 2004, págs. 46 y ss.; o MUÑOZ PLANAS, José María y MUÑOZ PAREDES, José María, «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Derecho de Sociedades, Madrid, 2002, págs. 2027 y ss.

⁴⁷⁷ Vide también la aplicación de esta sentencia a un caso concreto en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, *El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*, Universidad de Castilla-La Mancha, www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/11.pdf.

conocimientos jurídicos que posean, lo que lejos de invalidar el arbitraje, comportaría mayores garantías para las partes que decidieron someterse al procedimiento arbitral. En todo caso el problema de la eventual infracción de una norma imperativa podrá derivarse del contenido del laudo, no del convenio arbitral.

Vista la amplitud con que se formulan los tres apartados de este art. 11. bis, ya no hay objeción en mantener que el arbitraje estatutario o intrasocietario pueda ser de equidad (o en equidad, dice la LA), lo cual no es óbice para que el árbitro no deba de tener en cuenta las normas imperativas o de *ius cogens* que sean aplicables al caso, pues el árbitro en equidad está tan sujeto a ellas como el árbitro de Derecho o un juez. Su no aplicación podría hacer anulable el laudo arbitral (como lo sería una sentencia judicial) por conculcar el orden público (art. 41.1.f LA).

e) ¿Cabe un convenio arbitral que recoja un arbitraje societario e internacional al mismo tiempo?

¿Sería viable en la LA que los socios pactasen un convenio arbitral societario, esto es, la inclusión de una cláusula de arbitraje societario en los estatutos y que ese arbitraje fuera además arbitraje internacional?

El punto 1 del art. 3.1.a) dispone que el arbitraje tenga carácter internacional cuando en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

De la lectura anterior resulta que si la cláusula estatutaria o intrasocietaria de arbitraje societario es un auténtico convenio arbitral y que si, además, el Estado del domicilio de uno o más socios es distinto del Estado del domicilio de los restantes socios, estamos, en opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁷⁸, ante un arbitraje internacional. En este caso sería aplicable el art. 34.2 LA, del que ya hemos hablado en este trabajo y volveremos a hablar más adelante, en el capítulo cuarto, al tocar el tema de la autonomía del convenio arbitral, que dice:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas

⁴⁷⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art 11 bis» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... op. cit. pág. 353.

jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho y ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

Si unánimemente (y el adverbio aquí es importante) todos los socios constituyentes decidieran que el arbitraje societario internacional se resolviera de conformidad con las «normas jurídicas elegidas por las partes», deberían concretar y especificar esas normas jurídicas, porque si no las precisan entrará en funcionamiento el párrafo segundo de este mismo art. 34.2, y entonces, los árbitros aplicarán las normas jurídicas que ellos mismos estimasen apropiadas.

DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁷⁹ se plantea la duda de si sería arbitraje internacional cuando teniendo todos los socios constituyentes de la sociedad domicilio en España, posteriormente todas o una parte de las acciones o participaciones sociales de alguno de ellos fueran transmitidas en cualquier forma a una persona que no tuviera su domicilio en España, y contesta que no lo sería. Aunque el autor no lo diga, entiendo que así opina por el juego del art. 3.1 LA que exige para que el arbitraje sea internacional que todos los socios tengan su domicilio en Estados diferentes «en el momento de la celebración del convenio arbitral» y no con posterioridad⁴⁸⁰. Pero tampoco este argumento nos convence mucho, pues basta leer los apartados b) y c) de este precepto para que, si los cumpliese, a pesar del domicilio, sea internacional el arbitraje.

⁴⁷⁹ *Ibíd.* pág. 353.

⁴⁸⁰ Aquí también habría que entender quiénes son «las partes» a que se refiere el art. 3.1 LA, porque puede ocurrir que los socios tengan sus domicilios en varios lugares y la sociedad tenerla en España, o bien al revés, o tratarse de una sociedad *offshore*; este sería más bien un tema del Derecho Mercantil, que excede este trabajo, pero importante a los efectos de determinar el carácter del convenio arbitral; en cualquier caso volvemos sobre él al tratar el tema de la autonomía conflictual en el capítulo cuarto.

2º. Artículo 11 bis, apartado 2

a. Introducción de la cláusula arbitral en los estatutos

El apartado 2 de este artículo contempla el supuesto de que, no existiendo en los estatutos sociales una cláusula del arbitraje societario en el seno de la sociedad, se suscitara la propuesta de incorporarlo. DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁸¹ opina que dentro de este apartado, aunque no lo diga expresamente, también se contempla la hipótesis en la que los estatutos sociales ya contuvieran un arbitraje societario, pero dándose la circunstancia de que se produjera una propuesta de modificar los términos de la cláusula de arbitraje societario preexistente.

Además, el apartado 3 de este mismo art. 11 bis ofrece ahora la posibilidad, que, como antes hemos relatado, la jurisprudencia no terminaba de admitir, de someter a arbitraje también la impugnación de los acuerdos sociales.

b. La forma de introducción de la cláusula arbitral

Nuestro legislador tiene el propósito de favorecer el arbitraje societario, por eso se propicia la posibilidad de que en los estatutos de una sociedad de capital se introduzca (se incorpore) una cláusula arbitral, o se modifique la ya existente, como arriba opinaba el autor citado. Para ello requiere una mayoría cualificada consistente en 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 social⁴⁸².

¿La imposición del convenio arbitral societario a los socios disidentes o que no hubieran participado en la reunión de la junta general puede vulnerar en algún caso el derecho a la tutela judicial efectiva al no tener carácter voluntario y privarle de su derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales?

⁴⁸¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art 11 bis» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 354; que añade: «La experiencia nos dice que, por haber sido hasta ahora cuestión tan polémica, son muchos los estatutos de sociedades en los que se establece la resolución de conflictos por vía arbitral, pero excluyéndose, precisamente, las controversias propias o características de la impugnación de acuerdos sociales».

⁴⁸² Se produce una excepción al régimen general de adopción de acuerdos para la reforma de los estatutos sociales, por mayoría, que regulan los arts. 198 y 201 de la Ley de sociedades de capital para la sociedad de responsabilidad limitada y la de sociedad anónima, respectivamente.

La exigencia legal de una mayoría cualificada indica que nuestro legislador quiere dar importancia al acuerdo de introducción (o modificación) de una cláusula de arbitraje societario en los estatutos sociales⁴⁸³. Con el voto favorable de dos tercios de los votos se aprueba la reforma estatutaria y el sometimiento a ella de todos los socios, incluidos tanto los que hubieran votado en contra como los que no hubiesen asistido a la sesión.

Sin embargo, la doctrina no ha dejado de preocuparse por esta redacción. Así tenemos que:

- OLIVENCIA RUIZ⁴⁸⁴ está a la espera de la respuesta de los tribunales cuando se les plantee el caso de un socio disidente del acuerdo de introducción en los estatutos de una cláusula de arbitraje societario, o un socio que no hubiere asistido a la junta general donde se aprobó la misma, aleguen su no sometimiento a un procedimiento arbitral societario que se pretendiere promover o se hubiere promovido ya, en el que no estén de acuerdo. Añade este autor que aquí la cláusula deja de tener naturaleza contractual y pasa a tener la naturaleza propia de un acuerdo social adoptado por el órgano competente de la sociedad. Y al no ser ya un convenio, sino un acuerdo adoptado por un órgano de la compañía que obliga a todos sus miembros, este arbitraje se impondrá al socio ausente o disidente sin su voluntad o contra su voluntad. Termina este autor diciendo que la imposición de la vía arbitral a socios que no han consentido renunciar a la vía jurisdiccional es un arbitraje forzoso, por no respetar el principio de autonomía de la voluntad y haber dejado de ser un acto voluntario. De la misma preocupación es DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁸⁵. Nosotros pensamos que la solución del Tribunal Constitucional va a tener que ser muy meditada para mantener este precepto, sobre todo en la imposición del arbitraje a los socios disidentes.

⁴⁸³ Los arts. 199 y 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital, contemplan también casos de una mayoría legal reforzada para ciertos acuerdos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y en sociedad anónima, respectivamente. Y su artículo 159 dice:

1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.
2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

⁴⁸⁴ OLIVENCIA Ruiz, Manuel, «Art. 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, (coordinador GONZÁLEZ SORIA, Julio), 2ª edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 175-176. Recuerda aquí este autor que en el Proyecto del Gobierno se exigía que en la introducción de la cláusula arbitral y su modificación de estatutos se contase con el acuerdo de todos los socios.

⁴⁸⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «comentario al art 11 bis» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 355.

- Por su parte, OLAVARRÍA IGLESIA⁴⁸⁶ aunque entiende las dudas que se pueden suscitar no ve inconstitucional este artículo.
- ARIZA COLMENAREJO⁴⁸⁷ aunque con dudas, acepta la imposición de la cláusula arbitral a socios disidentes.
- MERINO MERCHÁN⁴⁸⁸ aunque se ha planteado la posible inconstitucionalidad de este artículo no lo considera tal.

⁴⁸⁶ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, «Art. 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, (coordinadora Silvia BARONA VILAR), 2ª. edición, Editorial Civitas, Navarra, 2011, págs. 688-691, dice:

«Nos parece que hoy en día la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos originarios o con posterioridad no puede considerarse en ningún caso como una privación o un límite al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Pero si ello es cierto, también consideramos que lo es que, por mucho que se diga en sentido contrario, la «situación procesal» del socio no es exactamente la misma en una sociedad con o sin cláusula arbitral. Cuando hay sumisión al arbitraje, la decisión del árbitro no es recurrible, la acción de anulación se encuentra absolutamente limitada en sus causas y, en ningún caso, el Tribunal que conozca de la anulación del laudo puede entrar en el fondo del mismo ni sustituir con su sentencia la decisión del laudo. La situación del socio, por tanto, no es la misma. Ahora bien, de ahí a exigir unanimidad para modificar los Estatutos de una SA o SRL (el caso de las sociedades personalistas obedece a otros parámetros) e introducir una cláusula arbitral parecía difícilmente aceptable aun cuando se quiera asentar en la necesidad y exigencia legal de libre aceptación del arbitraje por todas las partes del conflicto. Forma parte de la condición de socio de una sociedad de capital la obligación de someterse al principio mayoritario, dejando a salvo claro está su derecho de impugnación de los acuerdos adoptados. El consentimiento individual solo se contempla para los supuestos de imposición de nuevas obligaciones o de prestaciones accesorias. Y el arbitraje no es ni una cosa ni la otra».

Hubiera preferido este autor que el legislador español hubiese seguido la solución italiana, donde, aunque igualmente se exige mayoría de dos tercios del capital para introducir una cláusula arbitral, se otorga la facultad de los socios disidentes de separarse de la sociedad; y apostilla:

«Posiblemente el legislador no ha querido llegar a tal extremo para no poner en peligro la estabilidad económica de la sociedad con una potencial salida de socios que represente un significativo porcentaje del capital social, posibilidad que podría llevar a la actual mayoría de una sociedad a retraerse de plantear la inclusión de una cláusula arbitral».

⁴⁸⁷ ARIZA COLMENAREJO, M.J., *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011...* op. cit. pág. 59:

«La peculiaridad de incluir en los acuerdos una cláusula por mayoría reforzada consiste en que la misma vinculara, a efectos de sometimiento al arbitraje, tanto a los socios que votaron a favor, como los que votaron en contra, apartándose de la doctrina general según la cual debe concurrir la voluntad de las partes de acudir al arbitraje. Bien es cierto que no sería eficaz un acuerdo que vinculara a unos y a otros no por haber votado en contra de su adopción. Ello podría generar inseguridad jurídica; de ahí que la cláusula arbitral pueda plantearse como excepción en un procedimiento judicial iniciado por el que se opuso al acuerdo arbitral. Al igual que vinculan los acuerdos societarios a quienes muestren su disconformidad con ellos, esta cláusula goza de la misma obligatoriedad una vez que se adopte con las mayorías legales previstas».

⁴⁸⁸ MERINO MERCHÁN, J.F., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit. págs. 132-133, manifiesta:

«Avanzando someramente mi punto de vista sobre la hipotética inconstitucionalidad del art. 11 bis.2, manifestaré que no considero ese precepto inconstitucional, ya que las sociedades de capital manifiestan su voluntad de forma corporativa, esto es, colectivamente, mediante ineludibles reglas de la mayoría a las que deben sujetarse las minorías, salvo cuando proceda el derecho de separación por las causas legalmente tasadas o estatutariamente pactadas; en sí mismo considerado, el convenio arbitral intrasocietario resulta neutral, en el sentido de que únicamente se opta por una vía de solución de conflictos reconocida legalmente y consagrada por la jurisprudencia constitucional, como es el arbitraje; desde esta perspectiva, la redacción dada al art. 11 bis.2 no hace que se resienta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, pues no estamos en presencia de una "simple apariencia del ejercicio de la justicia"».

3º. Artículo 11 bis, apartado 3

La singularidad del arbitraje societario en la impugnación de los acuerdos sociales.

a) Las reglas y su alcance

Este apartado 3 del art. 11 bis LA según nuestra doctrina acaba con la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje. Aunque para DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁸⁹, sigue dejando interrogantes. Nosotros pensamos que habrá que ver las futuras sentencias de los TSJ interpretando este apartado, pero nos parece aventurado pensar en que habrá unanimidad en los jueces desde el principio; pensamos que el camino es largo por recorrer. Para ilustrar el porqué de nuestras reticencias, viene bien comentar aquí algunas opiniones doctrinales, anteriores a la actual reforma del año 2011, cuyos argumentos, que mantenían algunos reparos para este tipo de convenio arbitral, pensamos que subsisten para la comprensión actual de ese precepto.

Así, MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES⁴⁹⁰, aportaron unas interesantes ideas, donde distinguían este convenio arbitral societario según se tratase de sociedades «cerradas» (sic) o de sociedades cotizadas en bolsa. Así:

- Para las sociedades cerradas y las de responsabilidad limitada, opinaron que cabía el arbitraje en esta materia, pues debido a su carácter personalista, a la solidaridad entre los socios y al juego de la autonomía privada, se facilitaba el arbitraje entre los socios para someter a arbitraje de Derecho (no tanto de equidad⁴⁹¹) las impugnaciones derivadas de vicios de procedimiento en la convocatoria o celebración de la junta o dirigidos contra acuerdos calificados de lesivos para el interés social (que es el de los socios) o bien cuando se estima que vulneran normas legales o estatutarias predisuestas para tutelar tanto intereses individuales o de grupo como intereses colectivos de los socios (aunque la disponibilidad de esa categoría de intereses colectivos está cerrada al socio particular, es posible para la colectividad de socios, todos sean parte en el arbitraje instaurado).

⁴⁸⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 357.

⁴⁹⁰ MUÑOZ PLANAS, José María, y MUÑOZ PAREDES, José María, *La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje*, en Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, II, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 2021-2029.

⁴⁹¹ Los autores manifestaron su miedo a que se «destruyese» el derecho de sociedades mediante el abuso del arbitraje de equidad societario y recomendaron cautela, MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M. en *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero...* op. cit. pág. 2029.

- Negaban este arbitraje debido a que las normas imperativas del derecho de sociedades, el orden público que se debía respetar (añadimos nosotros el orden económico), la despersonalización de este tipo de sociedades, la defensa del interés general y del interés social, así como el interés público, aconsejaba que los inversores accionistas no pudiesen disponer de esos derechos mediante el arbitraje privado.

Por su parte GÓMEZ PORRÚA⁴⁹² distinguió, al igual que los autores anteriores, varios supuestos en los que en un solo caso cabía el arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, de otros dos en los que no era posible. Distinguió entre:

- Acuerdos afectados de nulidad absoluta por ir contra el orden público, que no pueden ser dispuestos por los socios y por ello no cabe el arbitraje.
- Acuerdos impugnables con nulidad contrarios a la ley, pero no al orden público, conforme al antiguo art. 117 LSA⁴⁹³ cualquier tercero podría impugnarlos y por ello tampoco eran disponibles por los socios.
- Acuerdos anulables, que sí son susceptibles de impugnación por vía arbitral, al no ir contra el orden público y no poder ser impugnados por cualquier tercero, por eso opinaba este autor que eran disponibles por los socios, administradores y por la propia sociedad

¿A pesar de la reforma 2011 subsisten las mismas restricciones a la impugnación de acuerdos sociales mediante convenio arbitral?

Veamos como el art. 11 bis apartado 3 permitirá, «en casi todos los casos», el arbitraje societario para la impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de

492 GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, II, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1971-1972.

493 Artículo 117.

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.
2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.
3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).

(Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)).

capital⁴⁹⁴, ya sea con la inclusión en sus estatutos en el momento de su constitución, ya sea introduciéndolo posteriormente a través de una modificación estatutaria, de un sistema de arbitraje estatuario (que es un auténtico convenio arbitral) para dirimir los conflictos que se planteen para impugnar los acuerdos sociales.

Comencemos viendo la regulación legal sobre esta materia, que viene recogida en la actual Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido, donde se contemplan dos tipos de acuerdos que pueden ser impugnados:

- Los acuerdos de la junta general impugnables: los artículos 204 a 208⁴⁹⁵, dentro del capítulo IX del Título V, determinan qué acuerdos lo son, cuáles son los

⁴⁹⁴Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, también se aplicaría este sistema de impugnación arbitral a las sociedades comanditarias por acciones, por aplicación de los arts. 3, 288 y 294 de la Ley de Sociedades de Capital, según argumenta en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 360; donde además se apoya en los comentarios de SALELLES, José Ramón, «Administración de la sociedad comanditaria por acciones», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, obra colectiva dirigida por ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, Edit. Civitas, Navarra, 2011, I, págs. 1820-1829.

Aquí se plantea otro problema: al transmitir las acciones o participaciones de una sociedad de capital, en cuyos estatutos se recoja una cláusula de arbitraje societario, el adquirente lógicamente queda vinculado al convenio arbitral pues así debe entenderse su manifestación de voluntad al adquirirlas, pero ¿podría rechazar el convenio arbitral al momento de adquirir las acciones? ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, en *La regulación del arbitraje estatuario*, op. Cit. pág. 57, opina que sí puede rechazarlo y no le vincularía el convenio arbitral; por su parte DE ÁNGEL YAGÜEZ en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 361, no está de acuerdo con esta autora. Nosotros igualmente pensamos que no podría rechazarlo. Sobre este particular expusimos nuestras razones *ut supra* al hablar de la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE y la imposición de un convenio arbitral intrasocietario por adquisición de acciones; allí también expusimos los argumentos de MERINO MERCHÁN.

⁴⁹⁵ Artículo 204. Acuerdos impugnables:

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.
2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.
3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación:

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.
2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.
3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Artículo 206. Legitimación para impugnar:

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.
2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.
3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.
4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

plazos de caducidad de la acción de impugnación, quiénes están legitimados para impugnar, el procedimiento de impugnación y la inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible.

- Los acuerdos del consejo de administración de la sociedad impugnables: el art. 251 dispone :
 1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.
 2. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general.

b) Acuerdos impugnables

La doctrina entiende que el sentido universalista y generalista del art. 204 citado da a entender que todos los acuerdos sociales son impugnables.

c) Causas de impugnación

Las tres que se mencionan en el mismo art. 204: ser contrarios a la ley, oponerse a los estatutos o lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Aquí distingue este artículo entre acuerdos nulos (los contrarios a la ley) y los acuerdos meramente anulables (que son el resto); esta distinción influye porque el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación (art. 205) es distinto para los actos nulos de los anulables; pero a los efectos que aquí nos interesa, sobre el convenio arbitral estatutario, la distinción nos interesa porque los legitimados para impugnar son diferentes en cada uno de los actos (art. 206). El art. 206 referido declara que tienen legitimación para impugnar los socios y los administradores (que coinciden con los legitimados que menciona el apartado 3 de este art. 11 bis que estudiamos); pero el precepto añade además como legitimado «a cualquier tercero que acredite interés

legítimo». Y a estos no los menciona el apartado 3 del art 11 bis, porque no son socios y no pueden invocar una cláusula estatutaria de arbitraje societario⁴⁹⁶.

Si a pesar de que una cláusula de arbitraje estatutario se refiriese a todos los acuerdos sociales, aun así ¿habría algunos de ellos que pudieran ser sustraídos de la vía arbitral por imperativo de alguna norma legal?

- RODRÍGUEZ ROBLERO⁴⁹⁷ opina que sí estarían fuera de la vía arbitral estatutaria los acuerdos sociales contrarios al orden público.
- ARIZA COLMENAREJO⁴⁹⁸ opina igual. Esta autora añade además una nueva razón: la legitimación para impugnar que el art. 206.1 citado otorga a terceros que no han intervenido en el convenio arbitral ni en la adopción del acuerdo societario, da cuenta de la imposibilidad de poder disponer de su derecho, vista la colectividad que puede verse afectada.

⁴⁹⁶ Sin embargo PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, «Arbitraje societario», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coordinadores DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.)... op. cit. págs. 965-966, ya admitió antes de la reforma de 2011 que la impugnación de acuerdos sociales pudiera resolverse por vía arbitral incluso cuando el impugnante es un tercero que desea aprovechar la legitimación que al efecto le reconocía el entonces vigente artículo 117.1 de la Ley de sociedades anónimas, y que hoy sería el art. 206.1 de la Ley de sociedades de capital ya citado, en el caso de impugnación de acuerdos nulos. Este autor sostenía que no le parecía relevante el argumento de que al no ser el tercero suscriptor del convenio arbitral estatutario, no pudiera vincularle, por razones de orden público (incluso, exagerado a nuestro entender, en base a una presunta cuestión de constitucionalidad entroncada con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva). Manifestaba este autor: «La irrupción de un tercero en el ámbito interno de la compañía de forma y manera que la vigente LSA le otorga legitimación activa para la impugnación de los acuerdos asamblearios en cuya gestación no participa supone, en definitiva, darle la posibilidad de cuestionar sobre la correcta formación de la voluntad social. Si hasta tal punto se le permite inmiscuirse en la vida y en los intereses de un tercero, no hay razón para eximirlo de la observancia de las normas que rigen el funcionamiento de la sociedad en la que intenta interferirse, interesando que se decrete la nulidad de una "declaración de voluntad" de un tercero».

⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ ROBLERO, M., *El arbitraje societario en la nueva Ley de arbitraje 11/2011*..op. cit. pág. 116, nos dice:

«A lo que sí se ha llegado a un cierto consenso en todos los sectores jurídicos es que quedan excluidos del arbitraje los supuestos de nulidad radical (imprescriptible) de los acuerdos sociales, cuando por su causa o contenido resulten contrarios al orden público, por tratarse de materia de no libre disposición por las partes-socios (art. 2.1 LA). Pero en este caso también hay que tener cuidado con que no se alegue que el acuerdo es contrario al orden público como medio fraudulento de evitar la impugnación tras haber dejado transcurrir más de un año (art. 205 de la Ley de Sociedades de Capital) y, por tanto, por haber caducado la acción de impugnación. Por ello el juez deberá estimar si hay en la acción declinatoria planteada, existiendo una cláusula arbitral estatutaria, un eventual fraude de Ley por la alegación de que el acuerdo es contrario al orden público.

⁴⁹⁸ ARIZA COLMENAREJO, M., en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011*... op. cit. págs. 45-46, nos dice:

«Respecto de pretensiones de nulidad basadas en la vulneración del orden público, no resulta pacífica la idea de que se trata de una cuestión no susceptible de arbitraje. En efecto, la autonomía de la voluntad no tiene ninguna incidencia en la determinación de un acuerdo como nulo o no por contrario al orden público, dado que se trata de normas de derecho necesario o indisponible. Las consecuencias derivadas de la impugnación de un acuerdo contrario al orden público no pueden lograrse por acuerdo entre las partes, por ello este tipo de impugnaciones deben quedar excluidas del arbitraje».

- DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁹⁹ opina que se trata de una cuestión muy dudosa pero no encuentra razones contundentes por las que pueda decirse de antemano que haya «algunos» acuerdos sociales que no sean susceptibles de arbitraje.

d) Los árbitros del arbitraje societario.

Para terminar este apartado 3 del art. 11 bis LA que venimos comentando y que contempla que la impugnación de los acuerdos sociales puede ser objeto de una cláusula estatutaria de arbitraje societario, con las peculiaridades que arriba hemos visto, debemos decir que el precepto restringe este arbitraje a que sea un arbitraje institucional, que a los efectos es el regulado en el art. 14 de la LA. Si interpretamos *strictu sensu* este apartado *a sensu contrario*, podríamos llegar a la conclusión de que prohíbe que el arbitraje estatutario sea un arbitraje *ad hoc*, y llegados a este término nos preguntamos:

¿Es posible un arbitraje estatutario *ad hoc*?

- Para DE ÁNGEL YAGÜEZ⁵⁰⁰, la decisión del legislador de restringir el arbitraje societario al llamado arbitraje institucional es acertada, y la basa en tres razones:
 - a) Ofrece mayores garantías.
 - b) El arbitraje institucional, recogido en el apartado 2 del art. 14 LA, obliga a que las instituciones arbitrales asuman sus deberes propios y sus responsabilidades propias en relación con la capacidad de los árbitros, la transparencia en su designación y su independencia.
 - c) Una institución arbitral suele tener una permanencia en el tiempo de la que carece un árbitro que sea persona física, que podría terminar en la

⁴⁹⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 362. Este autor usa el criterio de que «donde la ley no distingue, no debemos distinguir» y ciertamente el art. 11 bis apartado 3 no lo hace; y a ello añade, y nos hace caer en la cuenta, de que si la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre qué acuerdos sociales (y cuales no) son susceptibles de ser impugnados por vía arbitral se ha mantenido «hasta las vísperas» de la Ley de reforma 2011, y sin embargo, el apartado 3 citado se aprobó sin ninguna excepción ni puntualización y se dejó abierto al principio general de arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales dando a entender que ese es el sentir del legislador. Y concluye este autor manifestando que «las reservas expresadas por algún sector de la doctrina sobre el caso de determinados acuerdos nulos podrían salvarse si se tiene en cuenta que la acción de anulación del laudo se da siempre, salvaguarda contra decisiones que los árbitros no pueden legítimamente adoptar. Dicho de otro modo, una cosa es que ciertas materias sean indisponibles y otra distinta que, en todo caso, los árbitros estén sujetos a principios o normas que no pueden ignorar ni vulnerar».

⁵⁰⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 363-364. Este autor no ve obstáculo para que la cláusula estatutaria contemple un arbitraje de equidad, según el art. 34 LA; y además será así cuando lo contemplen los reglamentos de la institución arbitral designada. Otras opiniones dudosas las hemos comentado en este trabajo (v. gr. las de MUÑOZ PLANAS *ut supra*).

inoperancia de la cláusula estatutaria, por desaparición, muerte, abandono de la actividad, etc.

- De la opinión contraria es MERINO MERCHÁN⁵⁰¹, que no ve problema en aplicar el arbitraje ad hoc a los conflictos derivados de la impugnación de acuerdos sociales. Nosotros, por el contrario, opinamos como DE ÁNGEL YAGÜEZ, porque la ley es muy explícita en este tema y no deja resquicio alguno.

Pero siempre, dice la doctrina, los árbitros deberán aplicar las normas imperativas que les obligan, de no ser así podría significar la anulación del laudo.

⁵⁰¹ MERINO MERCHÁN, J., *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011...* op. cit. págs. 130-131.

B. EL OBJETO DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO CONVENCIONAL: DERECHO DE LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y GINEBRA

Estudiamos ahora el objeto del convenio arbitral en el Derecho Convencional, esto es, en los Tratados Internacionales.

Siguiendo al Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁵⁰², partimos de que la arbitrabilidad de la controversia se puede estudiar:

1. Como presupuesto de validez del convenio arbitral.
2. Como presupuesto de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.

1. COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

En este sentido, la arbitrabilidad de la controversia coincide «con el problema, más general, de saber si el objeto de este contrato es lícito y cuál será la ley competente para decidirlo»⁵⁰³.

Y este es realmente el problema: quién dice si el objeto es lícito.

Como consecuencia, la licitud del objeto de la cláusula compromisoria dependerá de la Ley a que las partes se hayan sometido, en virtud de la autonomía de su voluntad⁵⁰⁴.

«El Derecho convencional español no deroga este principio»⁵⁰⁵ ya que la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 (que tiene por objeto el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras) determina:

La ley aplicable en cuanto al pacto o al procedimiento [...] conforme a las reglas contenidas de forma indirecta en el artículo 5º, 1, a) y b)⁵⁰⁶. Solo se podrá denegar el

⁵⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 112.

⁵⁰³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 112.

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 112, siguiendo a FOUCHARD, *L'Arbitrage...* op. cit. pág. 208 y a CHILLÓN-MERINO, *Tratado de arbitraje interno e internacional...*, op. cit. pág. 338.

⁵⁰⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 113.

reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancias de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido *en virtud de la ley a que las partes se han sometido*, o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Así, la Convención de Nueva York exige que la cláusula compromisoria sea válida en virtud de la ley a la cual la han subordinado las partes⁵⁰⁷.

En este sentido, el artículo VII de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961) consagra la «Ley de autonomía» en la elección del derecho por las partes; así como el poder de los árbitros para elegir las reglas más apropiadas conforme a las estipulaciones contractuales y a los usos del comercio⁵⁰⁸.

Así, la STS de 1 de abril de 1973 pareció apoyar la tesis de la autonomía de la voluntad al calificar como español un arbitraje realizado en el extranjero, pero siguiendo la ley española⁵⁰⁹.

Ahora bien, el artículo V de la Convención de Nueva York plantea dos problemas:

- A. El posible conflicto entre la ley del foro y una de las dos reglas territoriales contenidas en el artículo I, número 1 de la Convención de Nueva York.
- B. La ambigüedad (endémica y generalizada) de la cláusula compromisoria.

⁵⁰⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 904.

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 113.

⁵⁰⁸ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1091.

⁵⁰⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 906.

A. El posible conflicto entre la ley del foro y una de las dos reglas territoriales contenidas en el artículo I, número 1 de la Convención de Nueva York⁵¹⁰

Puede surgir como consecuencia de la calificación internacional o extranjera de una sentencia arbitral, ya que la ley del foro puede considerar como extranjera una sentencia dictada en su propio territorio, como consecuencia de la aplicación de sus normas de conflicto. Por ello, en previsión de esta posibilidad, el artículo I, párrafo 1º, *in fine* de la Convención de Nueva York establece que «El Tratado se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento o ejecución».

Por tanto, vemos cómo los negociadores de la Convención, empleando un criterio negativo («las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales»), sustituyen la sentencia «internacional» por la «extranjera»; posibilitando, así, la aplicación del Tratado a un mayor número de supuestos, ya que basta para ello que las reglas conflictuales internas consideren como no nacional una sentencia.

Así, la distinción de la nacionalidad de la sentencia dependerá del Juez del exequátur, pues a él corresponde aplicar las reglas de conflicto cuando no sea de aplicación el «índice territorial» del artículo I, número 1 de la Convención; que se expresa en los términos siguientes:

La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

Por tanto:

- Aquellas que se dicten en el territorio de un Estado, distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y ejecución.

⁵¹⁰ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs. 904 y ss.

- Que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento.

Ahora bien, «una interpretación literal de las dos reglas contenidas en el artículo I, número 1, de la Convención solo permitirá que se aplique la segunda, para las sentencias dictadas en el país del exequáatur»⁵¹¹. Y aquí es donde quiebra el criterio territorial mantenido a ultranza. Y será necesario buscar elementos distintos de conexión, entre los que destacan el Derecho aplicable o la nacionalidad o residencia de las partes⁵¹².

Observamos, pues, cómo los distintos ordenamientos jurídicos han adoptado principalmente dos vías, para implementar en este punto la Convención de Nueva York:

- Unos, determinar reglas precisas para la calificación de la sentencia o del arbitraje (implementando así la Convención de NY).
- Otros, siguiendo las reglas de la jurisprudencia, vincular la nacionalidad de la sentencia arbitral (y, por ende, su carácter de nacional o extranjera) a la ley de procedimiento aplicada (no nacional), a la residencia o nacionalidad de las partes, o a ambos criterios conjuntamente. Cuando no se enfatiza la vinculación del arbitraje con el comercio internacional (criterio económico-material).

Se aprecia no obstante una evolución (plasmada en el Convenio Europeo de Ginebra de 1961) por dar cabida, al lado de un criterio jurídico formal como es la residencia o domicilio de las partes, a un cierto elemento de carácter más global y económico-material, mediante la alusión a materias derivadas de o que afectan al comercio internacional. Según el artículo 1, 1, *a*), del Convenio Europeo, el arbitraje comercial internacional que es objeto del mismo se definiría con apoyo de dos criterios acumulados: la vinculación de la controversia con operaciones de comercio internacional, y la residencia habitual, domicilio o sede social de las partes en Estados contratantes diferentes⁵¹³.

Por ello, «en caso de omisión o insuficiencia, si las partes tuvieran domicilio o sede social en el extranjero, podría pensarse en la aplicación del convenio Europeo de 1961, si proviniera de los Estados firmantes (art. IV), antes, lógicamente, de dictarse la sentencia»⁵¹⁴.

⁵¹¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 905.

⁵¹² MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 905.

⁵¹³ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs. 902-903.

⁵¹⁴ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 905.

No extraña, pues, que pueda pensarse que corre peligro la unificación del régimen aplicable a las sentencias extranjeras, habida cuenta que la calificación depende del Juez del exequátur, quien se limitará a aplicar las normas de conflicto de su Derecho interno; por lo que podemos encontrar tantas calificaciones como normas de conflicto.

Ante este problema esencial, FOUCHARD señaló que «como la atribución de esta nacionalidad se deja a la apreciación de cada Derecho nacional, un mismo arbitraje podrá tener, en virtud de leyes diferentes, nacionalidades también diferentes, o no tener ninguna. La idea de un arbitraje ‘nacional’, desde el momento que los puntos de unión de este arbitraje no designa unánimemente un mismo orden jurídico, choca pues en la práctica con dificultades a menudo insuperables. Es decir, que el arbitraje calificado como extranjero facilitará la tarea del Juez, pero no solucionará la cuestión de saber si el arbitraje o la sentencia poseen positivamente una nacionalidad»⁵¹⁵.

Ahora bien, no cabe olvidar que las dos reglas contenidas en el artículo I, número 1 de la Convención de Nueva York son complementarias; por ello, podría ser considerada extranjera una sentencia dictada en el país del exequátur, por aplicación de las normas de conflicto de la «Ley de la autonomía».

De todas formas cabe pensar que esta y otras dificultades pueden orillarse por aplicación de lo dispuesto en el artículo VII, parágrafo 1, de la Convención [NY], según el cual las disposiciones del Tratado no privan a ninguna parte interesada el hacer valer una sentencia arbitral, de la manera y en la medida admitida por la legislación y los Tribunales del país en que se invoque⁵¹⁶.

⁵¹⁵ FOUCHARD Philippe, en *L'arbitrage Commerciale internationale*, II, Dalloz, 1965, pág. 19, punto 33: «Enfin, comme l'attribution de cette nationalité est laissée à l'appréciation de chaque droit national, un même arbitrage pourra, selon différentes lois, avoir des nationalités différentes, ou n'en avoir aucune. L'idée d'un arbitrage «national», dès l'instant où les points de rattachement de cet arbitrage ne désignent pas unaniment un même ordre juridique, se heurte donc, en pratique, à des difficultés souvent insurmontables; dire que l'arbitrage est étranger facilitera peut-être la tâche du juge saisi, cela ne règlera pas la question de savoir si l'arbitrage, ou la sentence, possède positivement une nationalité».

MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., en *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 905 recoge la idea citada. También FOUCHARD, Philippe, en su artículo titulado *Où va l'arbitrage international?*, en www.lawjournal.mcgill.ca, 1989, desarrolló de nuevo esta misma idea muchos años después.

⁵¹⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 906.

B. La ambigüedad de la cláusula compromisoria

La investigación del árbitro o el Juez respecto de la ley de autonomía puede verse obstaculizada por la escasa concreción de la cláusula compromisoria.

Así, la fórmula más extendida consiste en estipular que «todas las diferencias con ocasión de presente contrato» o «toda controversia o reclamación nacida o en relación con este contrato» serán sometidas al arbitraje⁵¹⁷.

Por ello, al tratarse de una cuestión que obstaculiza el natural desarrollo del arbitraje y, por ende, la rápida resolución de la controversia objeto del mismo; algunas asociaciones, dedicadas exclusivamente al arbitraje, han establecido modelos de cláusula compromisoria.

De este modo, la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), propone el siguiente modelo para el arbitraje societario:

Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente, en el marco de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, de conformidad con su Reglamento y Estatutos. A AEADE se encomienda la administración de arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.

- Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración, y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y se decidirán en un mismo procedimiento arbitral.
- AEADE no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones, hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia AEADE fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.
- Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen hacen constar, como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte⁵¹⁸.

⁵¹⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 113.

Mientras que para el resto de documentos, contratos y escrituras propone el siguiente modelo de cláusula compromisoria:

Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él (incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución) será resuelta definitivamente mediante arbitraje (de Derecho/equidad), administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por tres/un único árbitro(s), elegido entre los expertos que integran el Comité de Arbitraje Societario y Mercantil de AEADE y el idioma del arbitraje será el (español/otro). La sede del arbitraje será (ciudad + país)...⁵¹⁹.

Finalmente, indicar que nosotros pensamos que esta ambigüedad se ve reforzada por el hecho de que ni la Ley de 1988 (art. 1) ni nuestra actual LA (art. 2.1), exigen la existencia de la controversia para la eficacia de la cláusula compromisoria; tal y como hiciera la Ley de 1953 (art. 15).

Esto origina, a su vez, que debemos distinguir entre dos formas del convenio arbitral:

- La «cláusula compromisoria» como contrato previo a la controversia.
- El «contrato de compromiso» cuando ya existe la controversia; y que puede pactarse en el mismo contrato del que surge la relación jurídica controvertida o bien en otro documento.

⁵¹⁸ www.aeade.org

⁵¹⁹ www.aeade.org

2. COMO PRESUPUESTO DE RECONOCIMIENTO O EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

En principio, el artículo V.2, *a*), de la Convención de Nueva York establece que:

«También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje. »Por tanto, es la ley del foro (Derecho interno español) la que determina la arbitrabilidad del litigio»⁵²⁰.

Este era el criterio seguido por el art. 59 de la Ley de 1988 cuando decía:

La sala declarará no haber lugar a la ejecución solo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no son susceptibles de arbitraje.

En cambio, nuestra LA se refiere en su art. 3.2 al criterio del domicilio o residencia habitual:

A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Por tanto, la LA sigue el criterio del Convenio Europeo de 1961; ya que «la aplicación del convenio se efectuará con la ayuda de un criterio estrictamente formal: la residencia habitual o el domicilio o sede social de las partes»⁵²¹.

Por otra parte, «para España, en cuanto al objeto, todas las sentencias que se refieren a materias civiles o mercantiles son susceptibles de serles concedido el procedimiento, ya que no ha hecho uso de la facultad de reserva en virtud de la cual la Convención de Nueva York limita su ámbito de aplicación únicamente a los litigios de carácter mercantil»⁵²².

En contra, encontramos el art. I.1, *a*), de la Convención Europea de Ginebra, que se expresa en los siguientes términos:

El presente convenio se aplicará:

⁵²⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 113 in fine.

⁵²¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 906.

⁵²² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 114.

- a) A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de «operaciones de comercio internacional», hubiesen sido concertados....

Lo que nos reconduce al concepto, de Derecho interno, de «actos de comercio»: los actos comprendidos en el Cco. y cualesquiera otros de naturaleza análoga (art. 2, párrafo 2º del Cco.); «problema de la específica competencia del Derecho mercantil»⁵²³.

Si bien, tal y como señala el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, se han producido una serie de cambios en la esfera socio-económica que nos obligan a replantearnos cuál sea el concepto «comercial» en la actualidad; añadiendo que «el Tribunal Supremo debería entonces suprimir los obstáculos a estas formas de crecimiento económico, reconociendo que las normas españolas que de algún modo se refieren a la arbitrabilidad de la cláusula compromisoria deben ser interpretadas de forma que no se deniegue el exequátur a una sentencia arbitral que es producto de una cláusula compromisoria inserta, por ejemplo, en un contrato de transferencia de tecnología»⁵²⁴.

Finalmente indicar, desde un punto de vista técnico, que las dos normas que establece el art. I, número 1 ya visto (criterio territorial unido al de la norma de conflicto), deben ser completadas con la reserva contenida en el número 3 de este mismo artículo I de la Convención de Nueva York, «por la que los Estados pueden, en el momento de ratificar o de firmar la Convención, o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo 10, y sobre la base de reciprocidad, declarar que aplicarán la Convención únicamente a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante. Por esta razón, no basta con que la sentencia provenga del extranjero para que entren en juego las disposiciones del Convenio, sino que se habrá de averiguar si proviene de un país que ha sido parte de la Convención, y si el país del exequátur ha hecho o no uso de esta reserva»⁵²⁵.

⁵²³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 114.

⁵²⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 115.

⁵²⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 904.

II. LA CAUSA

¿Cuál es la razón o fin del convenio arbitral; el propósito que persiguen los contratantes?

Según el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «la causa típica del convenio arbitral es el apartamiento de la jurisdicción ordinaria para someterse a lo que podríamos denominar el Tribunal arbitral»⁵²⁶.

Por tanto, desde el punto de vide técnico-jurídico, debemos remitirnos a la teoría del contrato; y, en concreto, al art. 1261 del CC.:

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

Esto es, la razón o finalidad del contrato, el propósito que persiguen los contratantes.

De este modo, el estudio de la causa (en términos generales) es competencia de la Parte General del Derecho civil (siguiendo el planteamiento de SAVIGNY, entre otros).

Por otra parte, MERINO-CHILLÓN postulan la pendencia de una controversia (la cuestión litigiosa) como causa del arbitraje⁵²⁷.

Así, siguiendo a estos autores, podemos distinguir tres etapas históricas en la concepción de esa pendencia:

- En principio, la Ley de 1953 establecía en su artículo 2º que no se consideraba arbitraje la intervención del tercero «que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente»; en cuyo caso, «los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuaban sometidos al régimen particular que en cada supuesto se establecía añadiéndose en el artículo 15 que la validez del compromiso exigía la existencia

⁵²⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 115.

⁵²⁷ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral... op. cit.* págs. 216-217.

de la controversia pendiente entre las partes, y si la controversia no existía, el compromiso era nulo»⁵²⁸.

- Posteriormente, la Ley de 1988 ya no exigía que la controversia estuviese presente, sino que admitió la controversia futura, siempre que tuviera por objeto una materia de la que las partes pudieran disponer conforme a derecho (art. 1 Ley de 1988).

Es más, esa Ley ampliaba considerablemente el concepto de controversia, al admitirse como cuestión litigiosa susceptible de arbitraje aquellas materias que aun habiendo sido resueltas por órgano jurisdiccional, la resolución de este no hubiere alcanzado firmeza en la vía judicial ordinaria⁵²⁹.

- Finalmente, nuestra LA vigente desde el 26 de marzo de 2004 no da un concepto de «controversia»; limitándose a darle un sentido instrumental (tal y como se desprende del juego de los artículos 2.1 y 9.1), exigiéndose únicamente que se trate de una controversia que tenga por objeto una materia de libre disposición (de *ius disponendi*).

Así, como apuntan MERINO-CHILLÓN, «al no recogerse en el nuevo marco regulador del arbitraje límites expresos a la disponibilidad, se ha abierto considerablemente el ámbito de la controversia susceptible de arbitraje»⁵³⁰.

Por tanto, podemos afirmar que para que exista un arbitraje serán necesarios dos requisitos. En primer lugar, el presupuesto material de validez del arbitraje es que exista un conflicto intersubjetivo y que este sea disponible por las partes. Si no existe este requisito indispensable (artículos 1261.3 y 1274 CC.), el convenio arbitral será nulo.

En segundo lugar, por las circunstancias propias del arbitraje, solamente estará justificado acudir a esta vía alternativa a la jurisdicción con el fin de solucionar sus conflictos, en cuanto el convenio arbitral se base en la voluntad de las partes, que será a su vez su fundamento y su límite⁵³¹.

⁵²⁸ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs. 216-217.

⁵²⁹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 217.

⁵³⁰ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 217.

⁵³¹ RODRÍGUEZ ROBLERO, M., *Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje...* op. cit. pág. 242. La autora cita en su apoyo a GIMENO SENDRA, José Vicente, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*. Parte Sexta. Madrid, Civitas. 1985, pág. 454. CALAZA LÓPEZ, María Sonia, *El arbitraje societario*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Nº21. 2003, pág. 193. VERDERA SERVER, Rafael. «Del convenio arbitral y sus efectos» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Director: MONTERO AROCA, J. Civitas. Madrid, 2011. pág. 317. CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Studia Albornotiana, director VERDERA TUELLES, Evelio, LXXXVII, Zaragoza, 2004, pág.

Con la afirmación anterior entiendo que los autores se refieren a la causa nacimiento del arbitraje, ya sea mediante una cláusula compromisoria referida a una controversia aún no nacida, pero prevista o ya sea al compromiso cuando la controversia ya ha nacido

Como señala PRATS ALBENTOSA⁵³², comentando el art. 9. 1 LA, es la libertad de las partes la razón de ser del convenio arbitral. El art. 9.1 de la LA 60/2003 reconoce que los ciudadanos tienen dentro de su ámbito de autonomía la facultad de decidir a través de qué sistemas han de resolverse sus conflictos. Este poder de decisión implica que, en todo caso, las personas involucradas en una disputa pueden solucionarla de común acuerdo, siempre que la materia sea disponible y concurren todos los requisitos que para su validez y eficacia prescribe el Ordenamiento. Así, la autocomposición del conflicto se encuentra en el ámbito natural de la autonomía de la voluntad de los particulares. Para solventar la disputa, las partes pueden contar con el apoyo de un tercero, imparcial, llamado mediador, sin perder ellas el control de la solución. Pero además, en este poder de decisión que se reconoce a las partes enfrentadas en un conflicto también se encuentra el de decidir despojarse del control de la solución del mismo y atribuírselo a un tercero. Como resultado de ese acuerdo las partes deciden trasladar a este una facultad que, estrictamente, les corresponde a ellas, las que se comprometen a asumir como propia la decisión del conflicto a la que llegue el tercero y a su imposición coactiva.

De la regulación de este artículo 9, que a continuación veremos al hablar de la forma, trasciende el reconocimiento al amplio ámbito de decisión y de autonomía que se reconoce a los particulares implicados en un conflicto para intentar solventarlo. Pero también resulta un ineludible y elevado grado de respeto al derecho fundamental que, singularmente, todo ciudadano tiene de solicitar de los tribunales tutela judicial efectiva.

En consecuencia, y desde el punto de vista de este derecho fundamental, en tanto que derecho subjetivo personalísimo, este es un derecho solo disponible por un acto expreso de su titular. Lo que implica reconocer que un acto expreso de su voluntad, de acuerdo con otro concorde de su contraparte, con los requerimientos legales previstos en

113. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*,. Madrid. Civitas. 1991, pág. 165. CORDÓN MORENO, Faustino, *Del convenio arbitral y sus efectos*, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Dir. MONTERO AROCA, Juan, Editorial Civitas, Madrid, 1990 págs. 46-73. PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral...* op. cit. pág. 113.

⁵³² PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, «Art. 9» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 243-245.

la LA, tendrá por consecuencia la renuncia a obtener tutela de los tribunales para la solución de un determinado conflicto o de aquellos conflictos que puedan resultar de una determinada relación jurídica. La renunciabilidad del derecho fundamental es connatural al carácter relativo de todos estos derechos, pero también solo puede ser consecuencia de una manifestación expresa, libre y consciente del individuo. Es por ello que la LA, en este precepto, establece unos requisitos específicos de los que hace depender la validez del convenio arbitral, consciente de los efectos del mismo respecto del derecho fundamental. Como a continuación veremos al hablar de la forma del convenio arbitral.

III. LA FORMA

Esta materia se encuentra regulada en el art. 9 de la LA, que se expresa en los siguientes términos:

1. 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.
2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

Este art. 9.2 solo es plenamente aplicable al arbitraje nacional que tenga lugar en España; ya que si, pese a ello, se trata de un arbitraje internacional (conforme al art. 3 LA), el art. 9.2 cede ante el apartado 6 del art. 9 (al que nos referiremos más adelante)⁵³³.

Por tanto, en materia de arbitraje internacional, el art. 9.2 cumplirá una función interpretativa; mientras que el art. 9.6 determinará la eficacia del convenio arbitral⁵³⁴.

Por otra parte, el art. 9 continúa diciendo:

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Vemos, pues, cómo «el legislador no impone formalismo alguno en la celebración del convenio, que será válido “cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado” (art. 1.278 CC), pero enfatiza el hecho de que se deje constancia documental de la recíproca aceptación» (art. 9.3 LA)⁵³⁵.

⁵³³ MANTILLA-SERRANO, Fernando: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid (2005). pág. 78. «En consecuencia, el art. 9.2 encuentra su pleno ámbito de aplicación solo en materia de arbitraje doméstico o nacional que tenga lugar en España. En materia de arbitraje internacional, dicho art. 9.2 solo opera a efectos de interpretación del convenio arbitral (no de su validez) y remite para ello a las normas aplicables que deberán ser determinadas a la luz de lo dispuesto en el artículo 34 LA sobre normas aplicables al fondo de la controversia».

⁵³⁴ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 78.

⁵³⁵ Sobre este criterio anti formalista puede verse la sentencia del TSJ País Vasco de 10.11.2011 (repertorio TOL.2.540.871) que se refiere a que conforme a este artículo 9 «se consideran innecesarias fórmulas rituarías» pues lo «esencial es que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible». Igualmente la STSJ País Vasco de 25.09.2012 (repertorio TOL.2.678.047).

Quiere ello decir que si las partes optan por la forma escrita, puede tratarse de documentos públicos (escrituras o pólizas intervenidas por fedatario) o documentos privados (contratos, cartas facturas, recibos, albaranes, etc.) o simples intercambios de telegramas, télex, fax o cualquier otros medios de telecomunicaciones a través de sistemas informáticos»⁵³⁶.

El último párrafo de este apartado 3 supone la consagración de la validez «de los convenios arbitrales pactados en sede de contratación electrónica o documentos en formato electrónico»⁵³⁷.

Pero el art. 9 continúa diciendo:

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

Este apartado consiste en un texto tomado de la Ley Modelo de la UNCITRAL (art. 7.6⁵³⁸) y no deja dudas sobre la validez del convenio arbitral por referencia.

El texto de este apartado, y el contexto mismo del artículo 9, permiten afirmar que tanto el convenio arbitral al que se haga referencia como la referencia misma que a dicho convenio se haga pueden constar en cualquiera de los soportes mencionados en el apartado 3 del citado artículo⁵³⁹.

Y el art. 9 añade:

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Así, nuestra LA trata de resolver la duda acerca de la existencia del convenio arbitral que presenta importantes defectos formales (constitutivos de nulidad) o el supuesto de mera inexistencia del convenio; cuando en ambos casos las partes no formulan objeción alguna⁵⁴⁰.

⁵³⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 446.

⁵³⁷ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 289.

⁵³⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, op. cit. pág. 297. En el mismo sentido MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 85.

⁵³⁹ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje/Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 85-86.

⁵⁴⁰ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 86. «El apartado 5 reconoce la existencia de un convenio arbitral como fruto de la mera aquiescencia en la participación en el arbitraje. Tal y como lo señala la más conocida doctrina sobre la génesis de la Ley Modelo, se trata de cubrir la situación en la cual las partes participan en el arbitraje sin presentar objeción,

Finalmente, el apartado 6 del art. 9 establece que:

Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

Por tanto, este art. 9.6 regula la validez formal y material del convenio arbitral, junto con la arbitrabilidad de la controversia; «consagra una regla de conflicto *in favorem validitatis* y de naturaleza alternativa. La Ley de Arbitraje pone así en pie de igualdad y con la misma vocación a aplicarse tanto las normas expresamente elegidas por las partes para regir el convenio arbitral (lo cual en la práctica arbitral no es de común ocurrencia), como las normas aplicables al fondo de la controversia (sean estas fruto del acuerdo de las partes o de la decisión del árbitro al tenor del art. 34 de la Ley de Arbitraje), e igualmente el derecho español (es decir, por lo esencial, el art. 2 y los demás apartados del art. 9 de la Ley de Arbitraje). Bastará entonces que alguna de esas normas o ese derecho respalde la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad del litigio para que ese arbitraje pueda tener lugar»⁵⁴¹

En principio, «vale la pena señalar que se conserva el tratamiento unitario de la cláusula compromisoria (para la sumisión a arbitraje de controversias futuras) y del compromiso (cuando se trate de una controversia ya existente), bajo la sola y única denominación de convenio arbitral, evitándose así un tratamiento diferenciador, fuente de confusión y, hoy en día, abandonado por la casi totalidad de las nuevas leyes en materia de arbitraje»⁵⁴².

En este sentido, «la Exposición de Motivos de la LA [I] reconoce sin ambages que su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

no obstante las deficiencias del convenio arbitral o aun la ausencia de convenio arbitral alguno». El autor (vid. Nota 83) sigue en esto a V. HOLTZMANN y HEUHAUSS, A. *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Arbitration*, Kluwer, 1994, págs. 262-263.

⁵⁴¹ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 84. Como bien dice el autor este artículo tiene su equivalente en la LDPI (Ley Suiza de Derecho Internacional Privado) sobre la regla de conflicto *in favorem validitatis*. Por otra parte, el autor hace notar que «a los efectos del art. 9.6 la LA reserva exclusivamente a las partes la designación de las normas aplicables al convenio arbitral. Es decir, no le es dado al árbitro ni al juez, en ausencia de designación de las partes, buscar la norma que debería regir dicho convenio; el árbitro o el juez, a falta de designación de las partes deberá proceder inmediatamente a la aplicación de las normas que rigen el fondo de la controversia o del derecho español, según sea más favorable».

⁵⁴² MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 77.

Internacional, de 21 de junio de 1985»⁵⁴³. Así, podemos hacer las siguientes consideraciones⁵⁴⁴:

- El artículo 9.1 LA reproduce, aunque con otras palabras, el contenido del artículo 7.1 Ley Modelo UNCITRAL, referido al «acuerdo de arbitraje».
- El artículo 9.2 LA, que aborda el problema del convenio arbitral en los contratos de adhesión, no tiene equivalente en la Ley Modelo UNCITRAL y reitera el contenido del artículo 5.2 LA/1988.
- El párrafo primero del artículo 9.3 LA, donde se establece la constancia del convenio arbitral por escrito y se prevé una referencia a otros medios de comunicación que permitan dejar constancia del acuerdo, tiene su origen en el artículo 7.2 Ley Modelo UNCITRAL, ya que según la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, el párrafo segundo del artículo 9.3 LA constituye uno de los supuestos con los que se pretende dar cabida y reconocer la validez del uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.
- El artículo 9.4 LA consagra la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, como apunta la Exposición de Motivos (III): «la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo». Esta cláusula arbitral por referencia proviene también del artículo 7.6 Ley Modelo UNCITRAL.
- El artículo 9.5 LA, relativo al convenio arbitral derivado de un intercambio de escritos de demanda y contestación, no tiene tampoco precedente en la Ley de Arbitraje de 1988 y se inspira clarísimamente en el artículo 7.5 Ley Modelo UNCITRAL.

La importancia del artículo 9 radica en que trata de favorecer el arbitraje mediante el principio básico *favor arbitrii* (principio presente en toda la LA), lo que se traduce o persigue con las siguientes medidas⁵⁴⁵:

1. Ampliando al máximo las materias susceptibles de sometimiento a arbitraje.

⁵⁴³BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 320 in fine.

⁵⁴⁴BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 321.

⁵⁴⁵MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 79-80.

2. Reduciendo al estricto mínimo los requisitos formales del convenio arbitral.
3. La voluntad del legislador español es dotar de eficacia al mayor número posible de convenios arbitrales, y prueba de ellos es el «apartado primero de la disposición transitoria única de la Ley de Arbitraje que hace inmediatamente aplicables (a partir de su entrada en vigor, es decir, a partir del 26 de marzo de 2004), aun a los arbitrajes en curso, las normas de la Ley de Arbitraje relativas al convenio arbitral y a sus efectos».
4. La LA solo exige un requisito para el convenio arbitral: que exprese la voluntad de las partes de sometimiento al arbitraje (supuesta la capacidad de las partes y la arbitrabilidad de la materia). La referencia a controversias presentes o futuras, como ya mencionamos, supone subsumir bajo la expresión convenio arbitral a la cláusula compromisoria y al compromiso. «La mención a relaciones jurídicas contractuales y no contractuales confirma a su vez el ámbito de máxima amplitud que quiere dar la Ley de Arbitraje al campo de acción del convenio arbitral de tal manera que aun cuando la controversia no dimanase de un contrato esto no obste para que, si está cubierta por el convenio arbitral, pueda ser sometida a los árbitros»⁵⁴⁶.
5. Una deliberada ambigüedad en los términos; ya que «dentro de este contexto, ni siquiera la referencia a una “determinada relación jurídica” constituye una verdadera limitante (sic), pues, sobre todo en materia comercial, siempre existirá una relación jurídica, presente o futura, particular o general, determinada o determinable que dotará de contenido el convenio arbitral pactado»⁵⁴⁷.

Por tanto, «para que se configure un convenio arbitral en cuanto a la forma y contenido, basta que haya una voluntad común de sometimiento a arbitraje referida a una relación jurídica determinada»⁵⁴⁸; siempre que se trate de una materia de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1 LA).

El tema de la forma del convenio arbitral se encuentra inextricablemente unido al de su concepto. Por ello, no se trata de un tema pacífico en la doctrina, sino más bien al contrario.

⁵⁴⁶ MANTILLA SERRANO, F. *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 79-80.

⁵⁴⁷ MANTILLA SERRANO, F. *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 80.

⁵⁴⁸ MANTILLA-SERRANO, F. *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 81 in fine-82 in principio.

De este modo, según BARONA VILAR, «la Ley de Arbitraje de 2003 no nos ofrece definición alguna del convenio arbitral: se mantiene en este punto el enfoque que ya se contenía en la Ley de Arbitraje y simplemente se limita a describir su contenido y efectos. Ahora bien, de los elementos que nos ofrece la Ley podemos llegar a aproximarnos a la definición legal del convenio arbitral como aquel contrato en cuya virtud las partes someten a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica»⁵⁴⁹.

A este problema también parecía aludir el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, cuando afirmaba que «a pesar de lo dicho, no es fácil, desde un punto de vista de la dogmática, hablar propiamente de “objeto” de la cláusula. Sin embargo, el legislador ya ha hecho su opción de política legislativa y a ella hay que atenerse. No podemos dejar de sospechar, no obstante, que si a algo se parece la cláusula es pura y simplemente a un pacto de sumisión»⁵⁵⁰.

Todo ello, pese a que «no se incluye la referencia al carácter contractual o no de la relación jurídica de la que deriva la controversia, en la medida que ni el carácter contractual ni el carácter no contractual significa exclusión del ámbito del convenio arbitral»⁵⁵¹.

Ahora bien, BARONA VILAR cita a otros autores, como LORCA NAVARRETE, que se encuentran en la posición diametralmente opuesta; así, LORCA NAVARRETE califica el convenio arbitral de negocio jurídico bilateral de justificación impropia: la resolución procesal de la controversia que constituye su objeto⁵⁵².

No obstante, esta definición legal del arbitraje como contrato viene refrendada por la Exposición de Motivos de la LA (III):

⁵⁴⁹ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 322.

⁵⁵⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 115.

⁵⁵¹ BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 322 vide nota (30) de la página. También en apoyo de su opinión cita a GASPAR LERA, Silvia: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, AC Nº 43, 22-28. Noviembre. 1999, págs. 63 y 74. Apoya también la autora su opinión cuando afirma que si se compara el art. 9.1 LA con el art. 1 LA/1988 se comprobará que uno de los elementos que se han suprimido del texto legal es la referencia a que las materias sobre las que recae el arbitraje sean de la libre disposición de las partes, siguiendo en esto a REGUERO CAMPOS, Fernando: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley 5.diciembre. 1988)*, Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 71-72.

⁵⁵² BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 322 infra vide nota (28), citando a LORCA NAVARRETE, A.M.: «*Algunas propuestas...*» art. cit. (consultado en www.laley.net). De opinión contraria es GETE-ALONSO y CALERA, Carmen: *La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (acotaciones sobre la configuración del contrato)*. LL, 1990, Nº 2, págs. 1031-1034. En opinión de BARONA VILAR, S. la cuestión depende del concepto que se utilice de contrato.

El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley.

Partiendo de este concepto, «es bien conocida la liberalidad de nuestro Código Civil en materia de *forma* de los contratos, estableciendo el art. 1278 que «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»⁵⁵³.

Ahora bien, el art. 6 de la Ley de 1988 exigía la forma escrita del convenio arbitral, admitiendo tanto la formalización en un único documento, suscrito por las partes, como el «intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje».

En este sentido, según el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, se trataba de una forma *ad probationem*; ya que consideraba que era conveniente concluir la cláusula compromisoria por escrito para mostrar de forma clara la existencia del consentimiento⁵⁵⁴.

El art. 6 de la Ley de 1988 no hacía otra cosa que implementar la obligación contraída por España al ratificar el Convenio de Nueva York de 1958⁵⁵⁵; ya que el artículo II.2 del Convenio de Nueva York establece que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito, indicando que «La expresión *acuerdo por escrito* denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas».

Así, el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO recoge la opinión de REMIRO, para quien «en lugar del método conflictual, incapaz de superar la heterogeneidad de soluciones materiales, se ha adoptado una regla uniforme, llamada no solo a liquidar esa heterogeneidad, sino también a bloquear (sin necesidad de recurrir a la noción de orden público) la aplicación de las normas de las legislaciones estatales más ritualistas que aún conservan como una reliquia la exigencia de formas auténticas para el acuerdo arbitral. Para la aplicación del Convenio de Nueva York bastará con que este

⁵⁵³ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 288.

⁵⁵⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 116.

⁵⁵⁵ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. p. 289; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 117.

acuerdo sea escrito sin más»⁵⁵⁶ a lo que MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO añade que «el Convenio de Nueva York admite el requisito de forma como forma esencial»⁵⁵⁷.

Por otra parte, y en cuanto a la exigencia del art. 5.1 de la Ley de 1988 de «expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión», las Sentencias del Tribunal Supremo 490/1999, de 1 de junio y 1042/1999, de 11 de diciembre confirmaron que esta doble obligación de la Ley de 1988 «no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral», pues «expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual»⁵⁵⁸.

En consecuencia, la LA suprime dicho requisito por inducir a pensar que la mención expresa de la obligatoriedad del laudo arbitral es un requisito para la validez del convenio, integrando su forma esencial o *ad solemnitatem*.

La Ley de Arbitraje (y en esto, no sobra repetirlo, es una verdadera ley de avanzada), elimina cualquier requisito formal para expresar la voluntad de sometimiento al arbitraje. En efecto, aunque el apartado tercero de este artículo hace referencia a que el convenio arbitral deba «constar por escrito», la completa lectura del mismo permite concluir que dicha referencia obedece más a una formulación clásica y a un interés por guardar cierta consonancia con textos como el de la Convención de Nueva York, que a una verdadera intención de circunscribir la expresión de la voluntad a la mera manifestación escrita⁵⁵⁹.

Siguiendo a FERNANDO MANTILLA-SERRANO⁵⁶⁰ se deduce:

- 1º. La referencia a medios escritos tradicionales como cartas, telegramas, télex y fax, sigue la posibilidad de utilizar cualesquiera «otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo» (art. 9.3, párrafo 1º,

⁵⁵⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs. 117-118.

⁵⁵⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 118 *in principio*.

⁵⁵⁸ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 78-79, *infra*, nota (73), donde recoge la doctrina de las citadas sentencias del repertorio *Iustel*§230469 y *Iustel* §322990, respectivamente

⁵⁵⁹ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 80, nota (74). El art. II de la Convención de Nueva York hace mención a «acuerdo por escrito» para referirse al convenio arbitral, (vide el texto en <http://www.unictral.org/>).

⁵⁶⁰ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. págs. 80-81.

inciso final), implica una apuesta claramente contraria al sistema de *numerus clausus*; posibilitando algo parecido a un «escrito por asimilación»⁵⁶¹.

- 2º. La mención a poder plasmar el convenio arbitral en «soporte electrónico, óptico o de otro tipo» (art. 9.3, párrafo 2º, *in fine*), corrobora la apuesta por una libertad formal casi absoluta; siempre y cuando «dejen constancia del acuerdo» (art. 9.3, párrafo 1º, inciso final); con lo que se da entrada a cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico.⁵⁶²

En este sentido, la Exposición de Motivos (III) es muy clara:

La Ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

No obstante, esta apuesta por el antiformalismo nos plantea dos problemas:

⁵⁶¹ Añade PRATS ALBENTOSA, L. en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 251-252, el correo electrónico y los demás comunicaciones que se hagan a través de los diversos programas de mensajería telefónica por ser de uso más frecuente. Igualmente hace notar este autor que el art. 162 LEC permite los actos de comunicación de las partes por medios electrónicos pero exige que estos medios «garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron». Y añade este autor: «a este respecto ha de hacerse referencia a los servicios de certificación de correos electrónicos prestados por empresas, que actúan a estos efectos como terceros de confianza, y que depositan ante notario los actos de comunicación que prueban la transmisión y el acuse de recibo, las fechas del envío, el contenido íntegro del correo y la identidad tanto del remitente como del destinatario y sus direcciones IP. Ha de considerarse que este servicio aporta todos los elementos que exige la LA para entender que queda constancia formal de la prestación del consentimiento de las partes de someter sus conflictos a arbitraje».

⁵⁶² Desde la promulgación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12.julio.2002) y de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE núm. 304, de 20.diciembre.2003) el legislador español ha dotado de eficacia a las manifestaciones de voluntad expresadas a través de nuevas tecnologías. V.gr. el art. 23.3 de la Ley 34/2002 prevé que el requisito de constancia por escrito «se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». Se entiende que conste en un soporte o registro «duradero». En este sentido el Reglamento UE 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil y su art. 25.2 dice que «se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo». Y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo UE de 25 de octubre de 2011, en su art. 2, 10 define el soporte duradero como «Todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios». En su Considerando 23 se dice, con efectos interpretativos, que el soporte duradero debe permitir al consumidor guardar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de su relación con el comerciante. Dichos soportes deben incluir, en particular, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador así como los correos electrónicos.

- A. la interpretación del artículo II del convenio de Nueva York, debido a su formalismo.
- B. La prueba de la existencia del acuerdo de voluntades.

A. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II DEL CONVENIO DE NUEVA YORK, DEBIDO A SU FORMALISMO

Podemos encontrar dos supuestos:⁵⁶³

- Laudo arbitral dictado en virtud de un convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (válido *ex* artículo 9.3, párrafo 2º LA) y que no consiga su reconocimiento en un país extranjero que aplique los requisitos de forma del art. II de la Convención de Nueva York.
- Laudo arbitral extranjero, dictado en virtud de un convenio arbitral celebrado por medios electrónicos, que se presenta para su reconocimiento ante tribunal español; en cuyo caso, el tribunal español tiene dos posibilidades:
 - a) Admitirlo, si se guía por la LA (*ex* artículo 9.3 LA).
 - b) Denegar, si se decanta por las normas más restrictivas de la Convención de Nueva York (a las que remite, con carácter imperativo, el art. 46.2 LA).

Precisamente este art. 46.2 LA podría ser la solución a este problema; ya que el párrafo 1) del art. VII de la Convención de Nueva York recoge el «Principio de la disposición más favorable», cuando establece que las disposiciones de la Convención no «privarán 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»⁵⁶⁴.

Por ello, como señala DE MARTÍN MUÑOZ-HIERRO ANIBARRO, «una interpretación flexible del art. VII de la Convención permitiría que los más liberales requisitos de forma del art. 9 LA se aplicasen en sustitución de los contenidos en los arts.

⁵⁶³ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 293.

⁵⁶⁴ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 293.

II y IV de la Convención de Nueva York, facilitándose de esta forma el reconocimiento de laudos extranjeros en España»⁵⁶⁵.

Ahora bien, la Doctrina se encuentra dividida en esta cuestión, presentando dos posturas principales:

- Aquella que considera que la remisión del art. VII de la Convención al ordenamiento más favorable no puede aplicarse al art. II, ya que este se refiere al convenio arbitral en sentido estricto y no a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; por tanto, se trataría de una remisión en bloque «que no permite una aplicación conjunta de reglas nacionales y reglas convencionales»⁵⁶⁶.

En este sentido, parece inclinarse el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁵⁶⁷ cuando afirma que «el reconocimiento de las decisiones dictadas con base en tales convenios arbitrales [...] deberá intentarse por otras vías que la del Convenio de Nueva York, cuyo régimen está pensado exclusivamente para laudos basados en acuerdos de arbitraje que cumplan los requisitos exigidos por el artículo II.1 y 2 del mismo».

- Otros autores (MARTÍN-HIERRO, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN)⁵⁶⁸ apelando al espíritu de la Convención (facilitar la ejecución de laudos arbitrales en el ámbito internacional) opinan que es lo más correcto, logrando, así, una interpretación flexible del artículo VII «que permita una remisión fragmentada al ordenamiento jurídico más favorable. De esta forma se podrían aplicar leyes nacionales, aunque fuese de manera parcial, cuando estas sean más favorables que las normas de la propia Convención de Nueva York»⁵⁶⁹.

Además, el avance de la técnica desde la aprobación de la Convención ha hecho surgir nuevas formas de expresar la voluntad de las partes (no solo física); por ello, también se ha defendido una interpretación flexible del término «telegrama» del art. II de

⁵⁶⁵ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 293.

⁵⁶⁶ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 293 in fine-294. Citando en apoyo a GÓMEZ JENE, M. en *El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje*, en Diario La Ley, núm.5952, 2004, pág. 4.

⁵⁶⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. págs.119-120.

⁵⁶⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 294.; siguiendo a FOUCHARD, Philippe / GAILLARD, Emmanuel / GOLDMAN, Berthold, en *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, pág. 137.

⁵⁶⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 294.

la Convención de Nueva York, «que permita reconocer como válidos los convenios arbitrales celebrados por télex, fax y otros medios de comunicación. Además esta interpretación encuentra un importante apoyo en el art. 7.2 de la Ley Modelo UNCITRAL, que [...], reconoce como acuerdo escrito aquel que “esté consignado en [...] otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo”; y con la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, en cuanto que sus reglas se basan en el principio de equivalencia funcional»⁵⁷⁰.

Por todo ello, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la UNCITRAL (32º período de sesiones) incluyó en su plan de trabajo, con carácter prioritario, la consideración del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje⁵⁷¹ y pensó en introducir una enmienda al art. II de la Convención; pero esta posibilidad fue desechada pronto por motivos de seguridad jurídica⁵⁷².

La UNCITRAL para lograr una interpretación uniforme del requisito de forma del convenio arbitral, ha pensado en adoptar las siguientes medidas⁵⁷³:

1. Una revisión del párrafo 2 del art. 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (UNCITRAL); que introdujera el siguiente tenor:

Se considerará «forma escrita» cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que este sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta.

2. La elaboración de una disposición normativa que interprete el párrafo 2) del art. II de la Convención de Nueva York, en los siguientes términos:

⁵⁷⁰ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 292.

⁵⁷¹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 292.

⁵⁷² DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 294, que recoge el documento del 32º período de sesiones: *United Nations Commission on International Trade Law. Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-sixth session*. NY, 2002.

⁵⁷³ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de Arbitraje...* op. cit. p. 294-295; vide *Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo II (Arbitraje) 41º período de sesiones. Inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en el Proyecto de Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales*. Nota de la Secretaría. Viena, 2004 (en el documento A/CN.9/WG.II/WP.132). Recordemos que La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, define mensaje de datos como «la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax». Además, se está preparando la Guía de la CNUDMI sobre la Convención de Nueva York. Para ello en colaboración con dos expertos, los profesores George Bermann (Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia) y Emmanuel Gaillard (Facultad de Derecho, Universidad de París), la Secretaría está elaborando un borrador que espera poder presentar a la Comisión en 2014.

La definición de «acuerdo por escrito» que figura en el párrafo 2) del art. II de la Convención de Nueva York se entienda como incluyendo una redacción inspirada en el texto revisado del art. 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional⁵⁷⁴.

Pero, habida cuenta que este instrumento interpretativo carecería de carácter vinculante para los estados (como, por otra parte, ocurre en la mayoría de normas de Derecho Internacional), su efectividad a la hora de lograr una interpretación uniforme y flexible del art. II de la Convención de Nueva York sería limitada.

3. Una nueva convención para regular la utilización de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de la contratación internacional. Por tanto, una medida que tendría por objeto el intercambio de comunicaciones electrónicas en la formación o cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos están en diferentes Estados; siempre que dichos Estados hayan firmado la convención y las normas de Derecho Internacional supongan la aplicación de la ley de un Estado contratante, o, simplemente, las partes convengan en que se aplique.

En resumen, el proyecto de convención:

- a) Reconoce la eficacia jurídica de las comunicaciones electrónicas.
- b) Recoge el criterio adoptado por el proyecto revisado del párrafo 2) del art. 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

⁵⁷⁴ Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006).

1) El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

- c) Su art. 7.4 establece que si la ley exige que un contrato conste por escrito, se entenderá cumplido este requisito «si la comunicación electrónica contiene información accesible para su posterior consulta». ⁵⁷⁵ Por otra parte, como se pretende lograr una regulación integradora que solucione cualquier problema interpretativo y, por tanto, de antinomia, el art. 19 del proyecto de convención precisa que las comunicaciones electrónicas podrán utilizarse en la formación o cumplimiento de contratos a los que se apliquen otras convenciones específicas de la UNCITRAL, en los siguientes términos:

«De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, todo Estado Contratante declara que aplicará las disposiciones de la presente Convención las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al uso de comunicaciones electrónicas en relación con la negación, la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo a que se aplique cualquiera de las convenciones internacionales siguientes, en las que el Estado es o pueda llegar a ser Estado Contratante».

Finalmente, indicar que el art. I.2, a) de la Convención de Ginebra⁵⁷⁶ reconoce la libertad de forma en los siguientes términos⁵⁷⁷:

A los fines de la aplicación del presente convenio, se entenderá por: acuerdo o compromiso arbitral bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

Por último, y toda vez que estamos estudiando la forma del convenio arbitral, conforme al art. 9 LA, una breve referencia a la forma del convenio arbitral como contrato de adhesión (referencia pequeña pues ya hemos visto con detenimiento este tema al estudiar el convenio arbitral y la materia del consumidor) recogida en el apartado segundo del artículo 9 de la LA que contempla la posibilidad de que el convenio arbitral responda, en sí mismo, a la categoría del contrato de adhesión, por estar predispuesto en todo su

⁵⁷⁵ Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006.

⁵⁷⁶ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

⁵⁷⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 116.

contenido por una de las partes en él, o bien porque el propio convenio arbitral se obtenga en una de las cláusulas de un contrato de adhesión, o, en otro caso, en una de las cláusulas de un contrato sujeto a condiciones generales de la contratación, sin que pierda por ello la sustantividad que le corresponde como convenio arbitral. Como refiere PRATS ALBENTOSA⁵⁷⁸, este «precepto supone que la LA se remite a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) respecto de aquello que esta ley regula, es decir, el ámbito objetivo, los requisitos de contenido e incorporación y de no incorporación de las condiciones generales, así como de la nulidad de determinadas condiciones generales. Lo que, obviamente, no supone que el régimen jurídico del convenio arbitral, contenido en la Ley de arbitraje, se regule por la LCGC, pues ni tal materia se contiene en su regulación, ni está en el propósito o finalidad de la misma.

»En consecuencia, el contrato de arbitraje puede ser en sí mismo un contrato de adhesión, o bien puede quedar incorporado al clausulado de un contrato de adhesión o sujeto a condiciones generales de la contratación, sin que pierda por ello su carácter de contrato».

Cuando el convenio arbitral tenga por objeto la solución de controversias que se susciten entre el oferente de bienes y servicios y el consumidor o usuario de los mismos, el régimen jurídico de este convenio arbitral estará sujeto a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y el reglamento por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RD 231/2008), siendo la LA supletoria (D.A. única LA).

Los arts. 80 y ss. del TRLGDCU regulan los requisitos de cláusulas no negociadas individualmente, su aprobación e información y las cláusulas abusivas. En concreto, por lo que respecta al convenio arbitral incorporado al clausulado o condicionado general, el art. 90 TRLGDCU considera abusiva la cláusula en la que se disponga «la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico». Lo que significa que «es válido el convenio arbitral entre un oferente y un consumidor para la solución de sus controversias, a pesar de que este convenio sea en sí mismo un contrato de adhesión o bien se encuentre incorporado en un contrato de adhesión o bien como una cláusula de un contrato sujeto a condiciones generales. Que la validez material del convenio arbitral dependerá de que en él se acuerde la sumisión a un arbitraje de consumo

⁵⁷⁸ PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 253.

o a los arbitrajes institucionales establecidos legalmente para la solución de conflictos de un sector de producción o servicios o una relación jurídica o conflicto determinado. Y, además, que en él se cumplan los requisitos que para la validez del convenio arbitral y se previene en el TRLGDCU y el RD 231/2008, aplicándose en lo no previsto y de modo supletorio la LA»⁵⁷⁹.

B. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL ACUERDO DE VOLUNTADES

«Es obvio que esta casi total libertad de forma no exime a las partes de probar (cuando así se requiera o les interese) la existencia del acuerdo de voluntades, cualquiera que haya sido la forma en que el mismo haya sido expresado, las partes aportaran esa prueba con base en cualquier medio probatorio legítimo según las normas aplicables»⁵⁸⁰.

A lo que ALBALADEJO añade «que la exigencia legal de escritura a efectos formales, se cumple con la constancia por escrito de la declaración de voluntad, aun sin hacerla suya el declarante mediante estampar (sic) su firma. Mas, faltando esta como prueba de que quien suscribe asume lo escrito, será preciso demostrar que la autoría del contenido del documento corresponde a la parte que sea, no bastando que su nombre aparezca impreso en el texto o en el encabezamiento o pie del escrito designándolo como autor»⁵⁸¹.

Por tanto, el subsiguiente problema consiste en la prueba de la firma, pues «tampoco la firma del convenio arbitral es un requisito de existencia o validez; bastará así que se pruebe la autoría de la manifestación de la voluntad por cualquier medio idóneo para ello»; que conste “en un documento firmado por las partes” es tan solo una de las posibilidades contempladas por la Ley de Arbitraje, dándole idéntico valor a otro tipo de intercambio del consentimiento (sin que necesariamente haya firma de por medio) y a la utilización de cualesquiera otros medios de comunicación “que dejen constancia del acuerdo”⁵⁸².

⁵⁷⁹ PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 254.

⁵⁸⁰ MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...* op. cit. pág. 81.

⁵⁸¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.121 citando a ALBALADEJO, *La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal*, «Actualidad Civil» núm. 4, 1990.

⁵⁸² MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje / Una perspectiva internacional...*, op. cit. pág. 81.

Ahora bien, si el convenio arbitral solo reflejase unilateralmente el consentimiento «formal» (es decir, por escrito o cualquier otro medio, incluidos los telemáticos) de una sola de las partes puede surgir la duda de su validez. Mientras que la parte que no haga figurar su expresa aceptación no se oponga a la existencia del convenio arbitral, no se plantearán problemas sobre la validez del mismo, dado que se aplicará el artículo 1.262 del CC: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» pero si se niega la aceptación por no figurar ningún documento o medio suscrito por alguna de las partes, se suscita una cuestión de prueba cuya carga recaerá inexorablemente sobre quien afirma que se celebró el convenio arbitral. En definitiva, pues, la Ley declara la validez del convenio arbitral, pero su eficacia en estos supuestos, dependerá de los medios de prueba con los que cuente la parte que exija su cumplimiento⁵⁸³.

⁵⁸³ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...*, op. cit. pág. 447.

IV. LA INTERPRETACIÓN

En principio, debemos plantearnos quiénes son los sujetos de la interpretación; así, llegamos a los siguientes:

- 1) El árbitro o tribunal arbitral.
- 2) Tribunal judicial.
- 3) Una institución dedicada al Arbitraje (art. 4, a) de la LA).
- 4) Las partes.

De este modo, pasamos a su estudio sistemático.

1. EL ÁRBITRO O TRIBUNAL ARBITRAL

El poder para interpretar el acuerdo arbitral le viene al árbitro implícitamente dado en su función jurisdiccional de zanjar una controversia conforme a las previsiones y deseos de las partes⁵⁸⁴.

Este poder de interpretación nace por: ⁵⁸⁵

- 1ª. Disposición contractual, cuando se hacen constar expresamente las facultades de interpretación en la cláusula compromisoria o convenio arbitral. Muy usual en la práctica. Dentro del arbitraje *ad hoc* se recomienda que la cláusula compromisoria o compromiso sean lo suficientemente amplios como para albergar esa facultad. Las fórmulas compromisorias recomendadas por las instituciones arbitrales así lo determinan.
- 2ª. Disposición de la Ley, cuando las partes se remiten a una ley de procedimiento o esta resulta aplicable como tal; en ambos casos, el árbitro o árbitros podrán interpretar el contrato principal y el pacto arbitral en sentido estricto.
- 3ª. O bien como una facultad integrada en el poder de los árbitros para conocer de su propia competencia; lo que puede ocurrir como consecuencia de la aplicación de una norma procedimental que reconozca genéricamente este

⁵⁸⁴ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...*, op. cit. págs. 1270-1271.

⁵⁸⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...*, op. cit. pág. 1271.

poder al árbitro o árbitros; o bien, indirectamente, mediante una regla material de Derecho Internacional que reconozca dicha facultad.

Hay que decir, sin embargo, que en el caso de un pacto compromisorio sujeto al ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra de 1961, dicha facultad aparece implícitamente reconocido en dicho convenio, a reserva de control eventual por el foro, en el procedimiento de exequátur o por medio de una acción de nulidad de la sentencia arbitral⁵⁸⁶.

En este sentido, encontramos la STS de 23 de mayo de 2002, siendo ponente D. ANTONIO GULLON BALLESTEROS⁵⁸⁷: «A las partes las enfrenta, en suma, cuestiones interpretativas sobre el alcance de la cláusula arbitral pactada». (Fundamentos de Hecho, PRIMERO, párrafo 4º *in fine*).

Así, «la cuestión controvertida fue interpretada por el árbitro de equidad en el sentido de que estaba comprendida en los términos amplios del convenio arbitral, lo cual entra en el círculo de sus facultades. Señala la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1.988: “Se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje”. La falta de competencia del árbitro para conocer de la cuestión podrá ser alegada por las partes, pero ello no impedirá por sí mismo que no pueda resolver (art. 23 Ley de Arbitraje), y podrá ser causa de un recurso de anulación del laudo (art. 45.4º Ley de Arbitraje). Pero lo que no cabe es que en vía jurisdiccional se pretenda ignorar el convenio arbitral y sus efectos mediante una interpretación del mismo, cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral, sin reparar siquiera en la posibilidad de que su laudo fuese confirmado por rechazarse el recurso de anulación interpuesto». (Fundamentos de Derecho, Primero, párrafo 7º).

De este modo, en referencia a la anterior sentencia de nuestro Tribunal Supremo, en opinión del Tribunal de Arbitraje de Barcelona⁵⁸⁸:

La sentencia comentada plantea la cuestión relativa a quien ostenta la competencia objetiva para resolver sobre la jurisdicción de los árbitros, es decir lo que suele conocerse como «la competencia para conocer sobre su propia competencia» o dicho de otra forma, para interpretar y declarar la validez o eficacia del convenio o pacto de sumisión a arbitraje

⁵⁸⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.124. En el mismo sentido en MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1271.

⁵⁸⁷ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, ROJ: 3656/2002. Nº Recurso: 3726/1996. Fecha: 23/05/2002. Resumen: laudo arbitral: aunque no sea firme, no puede conocer el órgano judicial de la controversia resuelta por aquel, en base a una interpretación del alcance del convenio arbitral.

⁵⁸⁸ www.tab.es

(recordemos el art. 22.1 de la vigente LA). Ello pueden resolverlo los jueces ordinarios antes de poder procederse, en su caso, al juicio arbitral, pero también puede resolverlo el propio árbitro, dentro de ese juicio arbitral, en cuyo caso podría finalizar con un laudo absolutorio en la instancia. Esta concurrencia competencial para interpretar el pacto arbitral nos hace cuestionar lo siguiente: ¿En todo caso pueden conocer de ello el juez y el árbitro? ¿Si hubiera discrepancia qué resolución prevalece? ¿Alguien tiene prioridad para conocer de ello? ¿Con base en qué criterio?

En este sentido, la sentencia parece apuntar una solución jurisprudencial a la cuestión planteada cuando afirma que «lo que no cabe es que en vía jurisdiccional se pretenda olvidar el convenio arbitral y sus efectos mediante una interpretación del mismo». No obstante la propia sentencia, acto seguido, matiza que ello no cabe «cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral».

Acertadamente, nuestro Alto Tribunal casó esa sentencia, al entender que este debate no puede ni debe centrarse en la existencia o carencia de eficacia de cosa juzgada por la pendencia de recurso contra el laudo, sino que lo único jurídicamente relevante es la existencia de sumisión, su validez y su eficacia, y por tanto el debate debe centrarse en sede de la Jurisdicción, en la sumisión a arbitraje.

Conforme al art. 8 de la Ley de Arbitraje de 1988 (en adelante LA) en el supuesto más patológico de un pacto arbitral, cual es el enjuiciamiento de su nulidad (vs. su validez) dispone de la separabilidad del convenio de sumisión a arbitraje respecto del contrato en el que se halle inserto, al disponer que «la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio». Y no se trata de que el pacto arbitral sea negocio jurídico accesorio de otro que sea su principal, como sucede en determinados derechos reales de garantía, sino que la mera invocación de la nulidad del contrato que incorpore el pacto arbitral no comporta, *per se*, la nulidad de este último, porque en ese supuesto bastaría con acumular esa acción de nulidad en todo tipo de litigio para privar de eficacia al pacto arbitral, dejando con ello su cumplimiento al arbitrio de una de las partes, en contra de lo que prevé el art. 11 LA.

La concurrencia no solo de la nulidad sino de cualquier otra circunstancia impeditiva u obstructiva del arbitraje, como cauce procesal para la resolución de un litigio, debe enjuiciarse al margen de la cuestión objeto de ese litigio o cuestión de fondo.

Del conocimiento de tales cuestiones de competencia del árbitro para laudar, conforme al art. 23 del referido texto legal debe conocer el árbitro mediante una decisión arbitral, que a diferencia de otras legislaciones no es preciso que adopte la forma y las

formalidades propias del laudo, a modo de laudo interlocutorio. La decisión arbitral (o acuerdo conforme a la terminología empleada por el art. 23 LA) estimatoria de tales cuestiones de competencia deja expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales, sin que quepa recurso alguno, mientras que la decisión arbitral desestimatoria puede impugnarse en sede judicial, mediante la anulación del laudo definitivo, con lo que en última instancia corresponde a la Jurisdicción ordinaria pronunciarse sobre este particular.

En consecuencia la competencia del árbitro para poder resolver sobre su propia competencia es incuestionable en nuestro Ordenamiento jurídico. Ahora bien debemos plantearnos si existe en esta materia una concurrencia competencial del árbitro junto a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Entendemos que, al amparo del art. 65 LEC (modificado por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo), los jueces ordinarios son competentes para conocer mediante la declinatoria sobre su propia Jurisdicción tanto frente los tribunales de otro Estado, como resolución judicial motivada, en cuya motivación habrá de interpretarse, en su caso, el pacto arbitral. El auto estimatorio de la falta de jurisdicción es susceptible del recurso de apelación, mientras que el desestimatorio tan solo podrá impugnarse a través de la apelación contra la sentencia definitiva. Y entendemos que sostener la interpretación contraria, que excluiría la posibilidad de que el juez ordinario pudiera interpretar en todo caso el pacto arbitral, incluso para resolver sobre la declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, implicaría postular que en este supuesto es de aplicación un régimen especial y diverso de los restantes que pueden alegarse por vía de la declinatoria, sin que exista previsión legal alguna a este respecto que justifique tal diferencia.

En efecto, el art. 11 LA establece la prohibición a los Jueces y Tribunales de conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que se invoque la declinatoria, no obstante esa interdicción se circunscribe a la «cuestión litigiosa» o cuestión de fondo, pero la interpretación del pacto arbitral, que forma parte del enjuiciamiento de la falta de jurisdicción constituye una cuestión previa o de previo pronunciamiento, cuyo enjuiciamiento corresponde en sede arbitral a los árbitros debiéndose alegar en los escritos iniciales (art. 22 LA) y en sede judicial a los Jueces y Tribunales ordinarios debiéndose alegar a través de la declinatoria (art. 65.2 LEC).

En consecuencia, existiendo concurrencia competencial entre el árbitro y los Jueces y Tribunales ordinarios para interpretar el pacto arbitral y resolver el litigio, es preciso

establecer un criterio de prioridad al respecto, de tal forma que cuando dos órganos, ya sean unipersonales o colegiados, con jurisdicción para ello interpretan la validez o eficacia del pacto arbitral en relación a una misma cuestión presuntamente obstructiva del procedimiento del arbitraje, como cauce procesal, y por tanto con identidad objetiva, subjetiva y causal sobre esa cuestión (y no sobre el fondo del litigio) puede hablarse con propiedad de litispendencia arbitral. Se trata tan solo de una litispendencia entre una *litis* arbitral y una *litis* judicial, a los meros efectos de interpretar el convenio arbitral. Y ante la laguna legal al respecto, entendemos que al amparo del principio general *privilegia non tempora estimatur, sed ex causa* (los privilegios no se aceptan según la fecha sino según la causa), ello deberá resolverse con base a la prioridad temporal, de forma que la jurisdicción ante la que en primer lugar se haya trabado la *litis* desde un punto de vista objetivo y subjetivo será la que deba resolver sobre la interpretación del pacto arbitral, en sede del procedimiento arbitral o en sede de la declinatoria.

Y en este sentido, como criterio de prioridad temporal, es en el que entendemos que el Tribunal Supremo, en la resolución comentada, se refiere a que no cabe que un órgano judicial interprete el pacto arbitral «cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral».

En conclusión, podemos afirmar que los árbitros poseen la facultad de interpretar tanto el convenio arbitral como el contrato principal.

Ahora bien, la interpretación del contrato se efectuará conforme a la Ley aplicable al mismo en función de las reglas de conflicto establecidas en las Convenciones internacionales; que, no olvidemos, han de prevalecer (en principio) sobre el sistema conflictual del foro.

Por tanto, si «es de incumbencia de los jueces determinar el sentido exacto de la cláusula compromisoria, o deducir si el consentimiento quedó claramente expresado para admitir o no la validez de la cláusula compromisoria».⁵⁸⁹ «Este poder de interpretación de la cláusula compromisoria pertenece también, en nuestra opinión, a los árbitros, en virtud de su función»⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* págs. 121-122.

⁵⁹⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág.124.

«Sin embargo, para evitar todo tipo de dudas, sería interesante que en la propia cláusula compromisoria, las partes dieran a los árbitros el poder de interpretar el contrato arbitral y también el contrato principal»⁵⁹¹.

2. EL TRIBUNAL JUDICIAL

La autoridad judicial tiene la oportunidad de interpretar el convenio arbitral cuando juzga:

- a) La interpretación del convenio cuando se plantea una excepción dilatoria en sede judicial.

La eficacia procesal del mismo, lo que se produce cuando se plantea la excepción de arbitraje en sede judicial (arts. 63-ss LEC, modificados por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). La Declinatoria.

La razón para la existencia de esta declinatoria la encontramos en el Fundamento de Derecho Noveno, letra B), de la STS de 11 de febrero de 2010, siendo ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos⁵⁹², que se expresa en los siguientes términos:

Configurando los requisitos del convenio arbitral, el *artículo 5 LA 1988*, aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado, exige que el convenio arbitral exprese «la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión».

Este precepto debe interpretarse en estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad en que se funda la institución del arbitraje según la jurisprudencia constitucional.

La doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada, como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes, y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal.

⁵⁹¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 124.

⁵⁹² Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección: 1, Nº Recurso: 2524/2005 -- Fecha: 11/02/2010. ROJ 296. Resumen: Arbitraje. Planteamiento de la excepción. Alcance de la cláusula arbitral. Interpretación del convenio.

En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral fundada en el principio de autonomía de la voluntad y regulada por la legalidad ordinaria fuera del ámbito de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el *artículo 24 CE* ; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el TC.

La STC núm. 9/2005, declara, en efecto, que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. La CE, según el Tribunal, solo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

Debe concluirse, en consecuencia, que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje.

De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relaciones o cuestiones planteadas en el proceso. Como ha declarado la jurisprudencia, para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo de 2002, 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003).

b) La corrección de las operaciones arbitrales, tras el laudo arbitral; lo que se origina:

1) En trámite de anulación del mismo.

En este sentido, nos parece interesante el comentario que el Tribunal de Arbitraje de Barcelona⁵⁹³ hace del Auto de la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003 (JUR. 2003. 259572; y repertorio TOL.324.522), Ponente: María Eugenia Alegret Burgués), que a su vez cita la Sentencia de la Sección Trece de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de junio de 2002; cuyos Fundamentos de Derecho 3º y 4º se expresan en los siguientes términos:

La cláusula arbitral en la medida que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores [...] es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta [...]. Las anteriores consideraciones y aplicación de la normativa en protección de los consumidores y usuarios deben ser realizadas de oficio por Jueces y Tribunales. Concluyendo, que la protección que la Directiva 93/3 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores otorga a estos, implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Y que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva [...]. De esta

⁵⁹³ Vide www.tab.es. El referido Auto declara que la nulidad de la cláusula arbitral y su carácter abusivo son examinables de oficio, al tiempo que el despacho de la ejecución es estudiado también por GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, en *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pág. 159, donde comenta que frente a otra doctrina, entiende que «no puede negarse el despacho de la ejecución porque el convenio arbitral que dio lugar al laudo cuya ejecución se insta era nulo por abusivo. Nuestra opinión es distinta. No puede considerarse que un laudo contiene los requisitos necesarios para ser considerado válido desde el punto de vista formal y, por tanto, poder despachar ejecución porque fue dictado contra el orden público o sobre una materia no arbitrable y, estas, son cuestiones que sí pueden ser apreciadas de oficio aun no habiendo sido denunciadas durante el proceso arbitral o durante la anulación del laudo». La Audiencia Provincial de Barcelona dictó varios Autos en esa misma fecha, 17.octubre.2003, (vide repertorio TOL. 324.522 y 324.521) declarando la nulidad de convenios arbitrales insertos en contratos de adhesión por contener cláusulas abusivas, contravenir los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que aplica doctrina de la Sentencia del 21.Noviembre de 2002 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (repertorio TOL.259.375), que declaró que «la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercerlos».

Vide también a este respecto los comentarios que hace DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Edit. La Ley, Madrid, 2013, págs. 78-81, a las sentencias SAP Barcelona (15) de 2-7-2008 (LA LEY 315033/2008), TJCE 27-6-2000 y 21-11-2003 en aplicación de la Directiva 93/13 CEE.

forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos.

En base a estos criterios, el Tribunal de Arbitraje de Barcelona opina que no se reconoce validez alguna al laudo arbitral cuando el convenio se considere nulo por ser considerado como una cláusula abusiva según la Ley de condiciones generales de contratación, respecto de los consumidores y usuarios. Entiende la jurisprudencia reseñada que, en estos supuestos, la nulidad debe de ser apreciada de oficio por los Jueces y Tribunales.

De la anterior Doctrina pudiera desprenderse que en todos los supuestos de nulidad del convenio debiera declararse la nulidad del laudo, incluso de oficio. No obstante, entendemos que difícilmente puede extrapolarse aquel supuesto concreto de cláusula abusiva, a la categoría de doctrina general por diversos motivos que exponemos a continuación:

En primer lugar, el laudo arbitral es anulable cuando el convenio sea nulo, es decir que el vicio en el que incurre el laudo es subsanable, puesto que en cualquier caso debe admitirse una sumisión válida (posterior) de las propias partes, que rectifique aquel defecto de nulidad radical del pacto arbitral originario. En este sentido, cabe esa sumisión mediante cualquier acto concluyente de sumisión a arbitraje, dado que en el nuevo texto legal se diluye el requisito de la escritura respecto del convenio arbitral y se admite la sumisión tácita y por esa vía cabe la «subsanción» de cualquier defecto incluso de nulidad radical del convenio.

Y en segundo lugar, aquella doctrina de la resolución comentada, acerca de la nulidad radical de las cláusulas abusivas, debe considerarse a la luz del especial carácter tuitivo de las normas que tutelan los derechos de los consumidores y usuarios en tanto que parte adherente frente a quien haya predispuesto unas condiciones generales de contratación.

El Juez, no solo el que conozca de una impugnación de un laudo arbitral, sino incluso el que conozca de la ejecución de un laudo (supuesto de hecho del Auto comentado) puede entrar a valorar de oficio la validez del laudo cuando el convenio arbitral constituya una cláusula abusiva porque «la protección que la directiva 93/3 CEE

del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, otorga a estos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales».

No obstante, fuera de ese excepcional supuesto, el art. 41.2 de la Ley 60/2003 prevé de forma expresa en qué supuestos la Audiencia Provincial (hoy Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma) puede apreciar de oficio la nulidad del laudo (indefensión en la notificación de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, inarbitrabilidad o contravención del orden público), por lo que, fuera de esos supuestos, no deberían apreciarse otros de oficio, cuando no estén expresamente amparados por nuestro Ordenamiento jurídico. Previsión expresa que concurre en el caso de los convenios arbitrales considerados como cláusulas abusivas, reguladas en la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, por los motivos expuestos en la sentencia que comentamos.

Y por supuesto, el Juez competente para conocer la ejecución de un laudo no puede entrar a valorar en términos generales sobre la validez o nulidad del laudo arbitral, por cuanto que con ello, el Juez de instancia estaría asumiendo una competencia que el legislador expresamente atribuye a los magistrados de la Audiencia Provincial (hoy TSJ) en primera instancia, dejando a salvo la regla Kompetenz-Kompetenz, que consagra el art. 22 de la Ley 60/2003.

Por todo ello, entendemos que el supuesto examinado en la resolución comentada, expresamente previsto en nuestro Ordenamiento, sobre la apreciabilidad de oficio de la nulidad de un convenio arbitral, por considerarse cláusula abusiva frente a un consumidor, no es extrapolable a otros supuestos de nulidad del convenio arbitral que tan solo pueden encauzarse mediante la acción de impugnación del laudo y que en su defecto no pueden impedir la ejecución del laudo arbitral. De forma que el Juez que conoce de la ejecución no está llamado a realizar ningún control de legalidad del laudo, salvo que la Ley expresamente lo prevea, porque es la Audiencia Provincial (hoy Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ) quien puede hacer ese control de la legalidad del laudo a través de la acción de anulación prevista en el art. 41 LA en unos supuestos tan solo a instancia de parte y otros incluso de oficio, conforme prevé el propio precepto.

- 2) En trámite de reconocimiento y ejecución de la sentencia en país distinto al que se dictó: el exequátur.

Ahora bien, dicho esto, encontramos ciertas limitaciones a la «obligación inexcusable» que el art. 1.7 del CC. impone a los Jueces y Tribunales de «resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Así, podemos identificar las siguientes:

- a) La congruencia con lo pedido.

En este sentido, la STS de 11 de febrero de 2010, en resolución de recurso de casación (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) resulta muy indicativa. Fundamentos de Derecho, Noveno (*Alcance de la cláusula de sumisión a arbitraje*) dice:

- A. La congruencia es la correspondencia entre lo pedido en la demanda con el fallo de la sentencia. Así lo ha expresado la jurisprudencia reiteradamente (SSTS 2 de marzo de 2000, 10 de abril de 2002, 11 de marzo de 2003, 27 de junio de 2005, 28 de junio de 2006, 20 de junio de 2007, 4 de abril de 2008 , RC n.º 307/2001). Una de las modalidades de incongruencia es la incongruencia *extra petita* (fuera de lo pedido) que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la *causa petendi* (causa de pedir) fuera de lo que permite el principio *iura novit curia* (el tribunal conoce el Derecho), el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones.

Pero, quizá, sea en el párrafo siguiente, C), de ese mismo Fundamento de Derecho Noveno de esta sentencia, donde más clara queda la cuestión:

- C. En el caso examinado consta que la cláusula arbitral se aceptó por la sociedad demandante frente a la sociedad demandada, pero no frente a su administrador, que intervino en el contrato exclusivamente en su calidad de representante orgánico de aquella, por lo que la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en este contrato no podía afectarle, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad demandada.

Por ello debe apreciarse que la sentencia recurrida, al extender los efectos de la cláusula arbitral a una persona que no pudo oponerla ni de hecho la opuso, como se desprende del contenido del escrito de contestación a la demanda formulado, incurrió en la infracción del artículo 5 LA 1988 y, a los efectos que ahora interesan, en incongruencia, por haber estimado una excepción por parte de quien no la había opuesto.

b) El principio «*iura novit curia*».

La teoría general del contrato, conforme al principio *Iura novit curia*; ya que esta misma STS de 11 de febrero de 2010 que venimos glosando, dice en su Fundamento de Derecho Duodécimo (denominado *Interpretación del convenio arbitral*), lo siguiente:

Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del CC que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* (cuestión jurídica) susceptible de ser resuelta en el recurso de casación.

La STS de 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones.

En el caso examinado, las razones esgrimidas por la sentencia recurrida son acertadas. En efecto, como dice la expresada sentencia, el texto de la cláusula 32ª del contrato expresa de forma inequívoca la voluntad de someter las controversias en relación a la interpretación o cumplimiento de lo pactado a arbitraje de Derecho. Las cuestiones en que la parte actora funda su pretensión de condena por incumplimiento contractual (principalmente, utilización de materiales de peor calidad, necesidad de asumir deudas contraídas con un tercero por la sociedad demandada para hacer posible el suministro y con ello la realización de la obra y la venta no consentida de la piedra del muro que se excavó por la demandada) son cuestiones que deben considerarse ligadas al cumplimiento del contrato y, por lo tanto, expresamente incluidas en la cláusula arbitral. No obsta a esta conclusión que no se incluyeran expresamente en la cláusula arbitral estas cuestiones de manera específica, pues todas ellas se invocan como manifestaciones del defectuoso cumplimiento del contrato por la parte demandada y no como conductas susceptibles de indemnización ajenas a este.

A esto, la STS de 27 de mayo de 2007 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos), en resolución del recurso de casación número 2613/2000 (TOL 1.113.029, Fundamento de Derecho Tercero), añade:

A. Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil [CC] que se refieren a los contratos (y este mismo principio ha sido aplicado por la jurisprudencia a los estatutos de las comunidades de propietarios: STS de 30 de septiembre de 2004). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplazaría la controversia al terreno de una *quaestio iuris* (cuestión jurídica) susceptible de ser resuelta en el recurso de casación (hasta aquí, todo igual; salvo por lo que sigue).

La STS de 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los *artículos 1 y 5 LA 1988* (aplicable a este proceso, según admite la parte recurrente), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo de 2002, 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003).

En conclusión:

- La autoridad judicial deberá estar a las normas del CC. que regulan las obligaciones y contratos, su eficacia e interpretación.
- Como consecuencia de la aplicación al convenio arbitral de las reglas generales de los contratos, el convenio arbitral producirá efectos frente a los herederos y causahabientes de las partes intervinientes en el mismo.
- El convenio arbitral deberá tener por objeto derechos y obligaciones válidas (objeto lícito, posible, cierto, determinado o determinable); ya que el convenio arbitral ha de serlo como contrato independiente; por ello, deberá contar con el consentimiento de las partes intervinientes, objeto cierto del convenio, por lo

que no solo se trata de una exigencia del art. 5.1 de la Ley de 1988, y causa de la obligación que se establezca (1261 CC.).

c) La voluntad de las partes.

Llegados a este punto de estas reflexiones quizá sea reiterativo afirmar esto, habida cuenta que el art. 1255 CC. no deja lugar a dudas; no obstante, consideramos necesario conocer su aplicación práctica.

De este modo, hallamos la STS de 7 de octubre de 2010 (Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Repertorio TOL 1.968.477) que, en resolución de recurso extraordinario por infracción procesal de la sociedad Waukesha Engine División/Dresser Industrial Products, B.V., establece en su Fundamento de Derecho Segundo:

Pero es que, además, al margen de los razonamientos que se esgrimen para convencer de la bondad de excusar del conocimiento de la causa a los Tribunales españoles, se olvida que la pretensión contenida en la demanda nada tiene que ver con la garantía como derecho del comprador, que se incorpora al contrato principal celebrado entre la actora y la mercantil Wediber, sino con una pretensión resarcitoria, por responsabilidad contractual y extracontractual, que es ajena a la cobertura que presta la garantía, a la que se incorpora la cláusula arbitral. Porque es evidente que junto con la voluntad expresada por las partes de someter cuantas cuestiones se susciten con motivo de la garantía a la decisión arbitral internacional regida por las Leyes del Estado de Texas (EEUU), coexiste otra voluntad igualmente expresada en el contrato de venta de someterse a la competencia exclusiva de los Tribunales del domicilio del comprador, lo que procura una relación sujeta a dos sumisiones diferentes e incompatibles entre sí, que hace ineficaz el convenio arbitral, conforme a reiterada jurisprudencia en la que, con cita del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, vigente en el momento de los hechos, y el artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, se afirma que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (SSTS 5 de febrero y 9 de mayo 2003 , y las que en ella se citan).

Por tanto, observamos una clara tendencia jurisprudencial dirigida a favorecer el principio *favor validitatis* (a favor de la validez del convenio arbitral).

Pero no vale cualquier declaración de voluntad, ya que, «como señala la STS número 245/2002 (Sala de lo Civil) 18 de marzo, recurso de casación número 2551/1996 (repertorio TOL 155.190) Fundamento Jurídico segundo penúltimo párrafo:

Lo que resulta decisivo, a efectos de la vinculación para las partes de la estipulación que se discute, es que el convenio arbitral se formalice por escrito (*artículo 6 de la Ley*) y que contenga el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes, de someterse a arbitraje. De esta manera asumen la obligación tanto de sujetarse al mismo, como la de acatarlo y cumplirlo, al integrarse en un asentir contractual bien explicitado (cf. STS de 11 de febrero de 2010, Antecedente de Hecho Cuarto, repertorio TOL 1.822.122, citado *ut supra*).

Siendo esta la Doctrina vigente hasta el momento, pese a tratarse de la Ley de 1988; ya que no se han producido nuevos pronunciamientos al respecto, lo que nos obliga a acudir a la analogía del 4.1 CC.

Así, unos párrafos más abajo, en el mismo antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia 11 de febrero de 2010, encontramos una declaración que completa la anterior:

En el mismo sentido se pronuncia la STS número 724/2001 (Sala de lo Civil) de 13 de julio, recurso de casación número 1739/1996 (repertorio TOL 32.351) Fundamento de Derecho segundo, cuando declara:

Además la interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje, es la que recoge la Sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1999 (RJ 1999\4284), que señala que el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el *artículo 5.1* al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la *Ley 36/1988* respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC).

Obviamente, este es un problema (a efectos interpretativos) que afecta a la forma y contenido del convenio arbitral; ya que el art. 9.1 LA establece:

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.

Por todo ello, «a efectos de interpretación, no importa que la cláusula compromisoria sea escueta o breve y precisa, siempre que se exprese sin dejar lugar a dudas»⁵⁹⁴.

En este sentido, «la STS de 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones.

En el caso examinado, las razones esgrimidas por la sentencia recurrida son acertadas. En efecto, como dice la expresada sentencia, el texto de la cláusula 32ª del contrato expresa de forma inequívoca la voluntad de someter las controversias en relación a la interpretación o cumplimiento de lo pactado a arbitraje de Derecho. Las cuestiones en que la parte actora funda su pretensión de condena por incumplimiento contractual (principalmente, utilización de materiales de peor calidad, necesidad de asumir deudas contraídas con un tercero por la sociedad demandada, para hacer posible el suministro y con ello la realización de la obra y la venta no consentida de la piedra del muro que se excavó por la demandada) son cuestiones que deben considerarse ligadas al cumplimiento del contrato y, por lo tanto, expresamente incluidas en la cláusula arbitral. No obsta a esta conclusión que no se incluyeran expresamente en la cláusula arbitral estas cuestiones de manera específica, pues todas ellas se invocan como manifestaciones del defectuoso cumplimiento del contrato por la parte demandada y no como conductas susceptibles de indemnización ajenas a este»⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 129.

⁵⁹⁵STS de 11 de febrero de 2010, Fundamento de Derecho Duodécimo, último punto (repertorio TOL 1.822.122), que venimos comentando en estas páginas.

En cualquier caso, será *conditio sine qua non* que el convenio arbitral contenga «una declaración clara e inequívoca de sumisión a arbitraje»⁵⁹⁶; voluntad, por tanto, cuya existencia no sea dudosa para la autoridad judicial.

d) Los principios constitucionales y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, deberíamos preguntarnos si el principio a la tutela judicial efectiva (consagrada en el art. 24.2 de la CE) quiebra, de algún modo, en la institución arbitral, debido, fundamentalmente, a la exclusión de la jurisdicción ordinaria en las materias sujetas a arbitraje.

A esto nos responde la STS de 2 de julio de 2007 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos)⁵⁹⁷:

El principio de exclusión de la jurisdicción ordinaria en las materias sujetas al arbitraje no comporta, según la STC 9/2005, una restricción indebida del acceso a la jurisdicción proscrita por el Artículo 24 de la Constitución Española (CE) si, tras dictarse el laudo arbitral, el recurrente no se ve privado de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin. De esta afirmación puede deducirse que el convenio arbitral no implica la renuncia de las partes al derecho fundamental a la tutela judicial y, por consiguiente, cuando el laudo es anulado por razones que llevan consigo la imposibilidad de replantear la cuestión en la vía arbitral, la efectividad del derecho constitucional a que acaba de hacerse referencia exige el reconocimiento de la facultad de acudir a la jurisdicción ordinaria sin restricción alguna derivada del convenio arbitral. (F.D., Tercero, A), párrafo 4º).

En consecuencia, observamos supuestos en los que cabe la intervención judicial; ahora bien, sujeta al principio de mínima intervención judicial.

El auto del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006⁵⁹⁸ (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) nos ofrece la siguiente explicación sistemática en sus Fundamentos de Derecho (punto 2):

⁵⁹⁶ STS de 11 de febrero de 2010, Antecedentes de Hecho Cuarto I párrafo 4º.

⁵⁹⁷ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1; ROJ: 4831/2007. Nº Recurso: 2177/2000, Fecha: 02/07/2007 (repertorio TOL. 1.116.441).

⁵⁹⁸ Auto Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1. ROJ: 403/2006. Nº Recurso: 1221/2005 (repertorio TOL.846.308). Fecha: 21/02/2006. Resumen: Laudo arbitral. Recurso de casación contra sentencia dictada en juicio de anulación de laudo arbitral conforme a la Ley de Arbitraje 60/2003. Resolución no recurrible. Se desestima la queja.

- A. Ha de partirse de la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución (cfr. *Art. 7 LA*). Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad, entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales (hoy Sala de lo Civil y penal del TSJ).
- B. Esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el art. 42.2 de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el art. 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dicte en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que, a través de una única instancia y con una sola fase procesal, se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo.
- C. Paralelamente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil limita el recurso de casación a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (Art. 477.2 LEC), lo que excluye del recurso a las resoluciones que, como las dictadas en los juicios verbales sobre anulación de laudos arbitrales, han sido dictadas en una única instancia, en la cual la intervención de las Audiencias Provinciales (hoy TSJ) no se contrae a la revisión de lo resuelto en una anterior instancia, sino al examen primero y único de la pretensión anulatoria, por lo que no se trata de una segunda instancia judicial. Esta conclusión, y la de la irrecurribilidad en casación de las sentencias que deciden las acciones de anulación de laudos arbitrales, ha sido plasmada en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja y de inadmisión de recursos de casación dictados bajo el imperio de la Ley de arbitraje de 1988 (*vide* AATS 28-12-2001, 5-2-2002, 14-5-2002, 25-2-2003, 30-9-2003, 9-3-2004, 23-3-2004, 6-7-2004, recursos de queja 2235/2001, 40/2002, 465/2002, 31/2003, 1022/2003, 112/2004, 123/2004 y 576/2004), y debe mantenerse cuando se trata de recurrir en casación las sentencias dictadas en los procesos anulatorios sustanciados con arreglo a lo dispuesto en la ley 60/2003.

Y desde el punto de vista internacionalista, la letra D) añade lo siguiente:

D. Cabría añadir a lo expuesto, como argumento de refuerzo, que actualmente el reconocimiento en España de una decisión extranjera recaída en un proceso sobre anulación de un laudo foráneo, ya sea de forma incidental y automática, en la aplicación combinada del art. V.1-a) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y del art. IX del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, al examinar el motivo de oposición al exequátur consistente en la anulación del laudo arbitral, bien directamente en un procedimiento «*ad hoc*», se sujeta también a las reglas de la única instancia y de la irrecurribilidad de la resolución que atribuye la eficacia a la sentencia extranjera (Art. 956 de la LEC de 1881, cuya vigencia se mantiene por virtud de la Disposición Derogatoria Única, excepción tercera, de la LEC 1/2000)

El Tribunal de Arbitraje de Barcelona, en comentario a la sentencia de la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de noviembre de 2004, y a la sentencia de la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2004 (www.tab.es), dice al final:

En definitiva, entendemos que el juzgador que conoce de la ejecución de una resolución jurisdiccional firme con efectos de cosa juzgada, cual es el laudo arbitral, tan solo debe valorar la concurrencia de las circunstancias formales a que se refiere el art. 559 LEC. En efecto, entendemos que si el Juez pudiera entrar a valorar cuestiones de fondo de la litis, como la interpretación o la validez de las cláusulas contractuales, se conculcaría el derecho de la tutela judicial efectiva. Y a mayor abundamiento se produciría esa conculcación de la tutela judicial efectiva si el Juez pudiera hacerlo incluso de oficio.

Por otra parte, el auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005⁵⁹⁹ reitera lo anterior.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002⁶⁰⁰ se refiere al alcance de las cláusulas controvertidas:

En el motivo se combate la interpretación que la Audiencia da a la referida cláusula, en virtud de la cual no comprende ni los perjuicios por la paralización de la obra, decidida por Policlínico Lucense, S.A. (POLUSA), ni los provenientes del desistimiento unilateral de la

⁵⁹⁹ATS Sala de lo Civil Sección: 1. ROJ: 14542/2005. Ponente: Jesús Corbal Fernández. Nº Recurso: 958/2005. Fecha: 15/11/2005 Resumen: Recurso de casación contra sentencia dictada en juicio de anulación de laudo arbitral conforme a la Ley de Arbitraje 60/2003. Resolución no recurrible. Se desestima la queja. Ya citado en la nota 598.

⁶⁰⁰STS. Sala de lo Civil Sección: 1 ROJ: 948/2002. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros Nº Recurso: 2967/1996. Fecha: 13/02/2002. Resumen: Clausula Arbitral: alcance de las cuestiones controvertidas.

misma del contrato. Según la sentencia que se recurre, el arbitraje solo abarcaba las divergencias en orden a la ejecución de la obra y a las prescripciones técnicas de la misma. La paralización y el desistimiento nada tienen que ver con ello.

La doctrina constante de esta Sala es la de que la interpretación de los contratos es materia reservada a la soberanía del órgano de instancia, y ha de ser mantenida en casación salvo que se alegue y demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de preceptos legales (Ss. 25 febrero y 28 julio 1.998, y las que citan). Nada de esto se ha hecho aquí, pues no hay demostración de arbitrariedad alguna ni se señala ningún precepto legal sobre interpretación de los contratos (arts. 1.281 - 1.288 Cód. civ.) que haya sido vulnerado. Además, tratándose en este recurso de los efectos y consecuencias de una paralización o desistimiento, es racional interpretar que no fue voluntad de las partes someterlas por su carácter jurídico al árbitro designado, que fue el Doctor Arquitecto de la propia obra litigiosa, solo las cuestiones técnicas serían objeto de su laudo (Fundamentos de Derecho, Primero, párrafos 1º y 2º).

Llegados a este punto, debemos indicar que otra cuestión controvertida se refiere a si la facultad interpretativa de los jueces y tribunales comprende la determinación del arbitraje como de «Derecho» o de «equidad».

Afortunadamente, la Jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto; así, la STS de 27 de mayo de 2007 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos):

La parte recurrente propone como interpretación adecuada de estas cláusulas la que conduce a entender que la del Artículo 35 prevé la sumisión a la decisión arbitral de todas aquellas cuestiones que no figuran comprendidas en la cláusula del artículo 9, pues este comprendería las discrepancias entre propietarios y aquel las discrepancias de estos con la junta general.

Esta interpretación no es aceptable, pues no se advierte la correlación que la parte recurrente propone entre ambas cláusulas. En la primera, situada bajo la rúbrica de «Obligaciones» de los «miembros de la Comunidad», el arbitraje es de Derecho y tiene carácter decisorio, cosa que aparece en consonancia con el carácter de las controversias sobre uso de elementos propios y comunes, para cuya resolución extrajudicial la junta de la comunidad puede estar en una situación de especial autoridad respecto de los miembros discrepantes. En la segunda, situada bajo las rúbricas «Régimen jurídico» y «Recursos jurisdiccionales», se plantea únicamente un arbitraje de Equidad a cargo del Ayuntamiento como requisito previo para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales correspondientes, cosa que parece corresponderse con las controversias entre los propietarios que no se refieran al uso de elementos propios o comunes, pero el llamado arbitraje que se prevé tiene carácter de equidad y no cierra el paso a la vía judicial.

En suma, nada hace pensar que la sumisión a la decisión arbitral de la junta de gobierno (de la Comunidad de Propietarios) del *art. 9*, que parece pensada para facilitar la

resolución de las controversias entre pariguales, los propietarios de la comunidad (frente a los cuales la junta de la comunidad aparece en posición de árbitro decisor cuando la diferencia se proyecta sobre el uso de los elementos propios y comunes), haya querido extenderse, más allá del tenor literal del art. 35, a las controversias entre los propietarios y la comunidad, que presentan perfiles muy distintos a las controversias entre propietarios que los estatutos textualmente contemplan y dicha conclusión no puede obtenerse de una correlación lógica entre los dos artículos citados, cuya ubicación sistemática, contenido y efectos son distintos (Fundamento de Derecho Tercero, C), párrafos 1º-3º).

Por ello, conforme la letra C), párrafo 4º):

Las argumentaciones de la sentencia (recurrida en casación) en relación con la falta de personalidad jurídica de la comunidad y con el carácter vinculante de la cláusula de sumisión al arbitraje tienen un carácter accesorio en relación con el argumento principal, que se funda en la interpretación, según las normas hermenéuticas que rigen en nuestro Derecho, de las cláusulas de sumisión a arbitraje, por lo que los detallados razonamientos que la parte recurrente expone en relación con estas cuestiones carecen de verdadera trascendencia para la decisión del motivo.

Conforme a la Letra D), párrafo último:

En último caso, incluso la interpretación que propone la parte recurrente no justificaría la casación de la sentencia recurrida, pues el arbitraje de equidad a que se refiere el artículo 35 de los estatutos aparece pactado como una diligencia preliminar al proceso y, por ende, no constituye una cláusula de sumisión a arbitraje, pues esta implica la exclusión de la intervención judicial, sino que integra en realidad el deber de someterse a un trámite de mediación que, a la vista de los antecedentes subrayados por la propia sentencia recurrida (según la cual han existido diversos pleitos antecedentes sobre reclamación de cuotas a los demandados y sentencias firmes dictadas en 1991 y 1995 por el Tribunal Supremo, señalando cuotas partiendo de un específico coeficiente), constituiría un obstáculo al acceso a la jurisdicción notablemente desproporcionado en relación con las circunstancias concurrentes y, por ende, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado.

En idénticos términos se pronuncia el auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005⁶⁰¹.

⁶⁰¹ATS. 15/11/2005. Sala de lo Civil Sección: 1 Nº Recurso: 958/2005. ROJ: 14542/2005. Ponente: Jesús Corbal Fernández. Resumen: Recurso de casación contra sentencia dictada en juicio de anulación de laudo arbitral conforme a la Ley de Arbitraje 60/2003. Resolución no recurrible. Se desestima la queja. Ya citado *ut supra*.

3. POR UNA INSTITUCIÓN DE ARBITRAJE

Es evidente, ya que la propia LA lo reconoce en su art. 14 (recientemente modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo):

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
 - a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
 - b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.
2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Lo que no es más que admitir una realidad patente y manifestada en la actualidad, entre otros, en el derogado Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyas competencias pasaron a la Comisión Nacional de la Competencia creada por Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE 4 de julio de 2007), de Defensa de la Competencia, según su disposición adicional sexta. Entre las funciones de la Comisión Nacional de la Competencia estaban las referidas en su artículo 24.f):

Realizar las funciones de arbitraje, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidos por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes.

El anterior precepto ha sido derogado por la disposición derogatoria e) de Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE. de 5 de junio de 2013) y sustituido por el artículo 5.1.b) de esta Ley 3/2013, de 4 de junio, citada, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2013, que establece como una de sus funciones:

Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de

diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Por otra parte, en el ámbito del comercio internacional, encontramos dos organizaciones que abogan por unos principios interpretativos uniformes:

1. La Cámara de Comercio Internacional de París (*International Chamber of Commerce*).
2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*International Institute for the Unification of the Private Law*, UNIDROIT).

Pasamos al estudio de sus respectivas propuestas:

1. La Cámara de Comercio Internacional de París.

La Cámara de Comercio Internacional de París, creada en 1919, es un organismo privado pero adscrito a las Naciones Unidas como organismo consultor. Todos conocemos su gran labor en la uniformización de los términos del comercio internacional, conocidos como INCOTERMS. Pero a los efectos de este estudio es notable destacar con especial énfasis, la labor que viene desarrollando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la cual ha presentado un balance muy positivo en la labor realizada.

Constituida por la mediación de los Comités Nacionales existentes de más de cincuenta países, la Corte de Arbitraje de CCI, ha estado desde sus orígenes estrechamente unida a la evolución del arbitraje comercial internacional, [...] ⁶⁰².

La Corte de Arbitraje de la CCI es un organismo administrativo que da asistencia a las partes y a los tribunales arbitrales en lo relativo a conducir los procedimientos arbitrales bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI. Mientras que la Corte Arbitral se reúne en París, los Tribunales arbitrales de la CCI conducen procedimientos en más de 45 países cada año. El arbitraje de la CCI ha comprometido a las partes de 170 nacionalidades diferentes ⁶⁰³.

⁶⁰²MATUTE MORALES, Claudia: *El arbitraje comercial internacional, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional*, www.docstoc.com, págs. 3-4.

⁶⁰³MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 4.

Pasamos, así, al estudio de los principales principios interpretativos observados en sus laudos arbitrales:

- a) Principio de buena fe, que se traduce en una o varias obligaciones para las partes:
 - Deber de cooperación de las partes. «Este deber implica una obligación de informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles capaces de influir en la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución»⁶⁰⁴.
 - Deber de minimizar pérdidas. Consiste en la obligación que tiene el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio: solo de este modo podrá reclamar la concesión de daños-intereses por el árbitro; principio reiterado por el laudo de la Corte dictado en el asunto 7210 de 1999⁶⁰⁵.
 - La culpa *in contrahendo*. Las partes deben negociar de buena fe, sin realizar ofertas que sean poco razonables ni rechazar aquellas que sean razonables⁶⁰⁶.
- b) Principio de diligencia. Este principio «hace recaer, de modo general, sobre las partes una presunción de competencia profesional ya que supone que estas están en condiciones de comportarse como prácticos razonables del comercio internacional»⁶⁰⁷.
- c) Principio de interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria. Se trata de uno de los principales principios «instrumentales» determinados por la Jurisprudencia de la CCI, junto con los de «competencia arbitral» y «separabilidad de la cláusula arbitral»; menos relacionados con la interpretación del convenio arbitral o de la cláusula compromisoria.

La interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria implica, como indicó el laudo dictado en el asunto N°. 4.392 de 1983:

De todos modos, en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al

⁶⁰⁴MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 6.

⁶⁰⁵MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 7.

⁶⁰⁶MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 7.

⁶⁰⁷MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 8.

arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aun cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto⁶⁰⁸.

2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT.

Es una organización independiente y especializada al igual que la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su creación data de 1926 bajo el marco de la Sociedad de Naciones (más adelante se constituiría en Naciones Unidas), y refundado el 15 de marzo de 1940, con sede en Roma, [...] ⁶⁰⁹.

En cuanto a su creación el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre los grupos de Estados (Art. 1 de su Estatuto Orgánico transcrito por la Ley 32 de 1992)⁶¹⁰.

Este Instituto ha formulado unos principios interpretativos en un documento denominado *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* con dos versiones: una de 1994 y otra de 2004 (la más importante).

En este sentido, el Preámbulo titulado «Propósitos de los principios» de los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* de 2004 establece:

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales (lo que ha hecho la Cámara de Comercio Internacional, en adelante CCI, en el asunto N°. 7375). Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme (como ha hecho la CCI, laudos dictados en los asuntos Nos. 8128 y 8769 de 1995 y 1996, respectivamente).

⁶⁰⁸MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 9.

⁶⁰⁹CASTAÑEDA AGREDO, Juan Pablo: *Unidroit, alternativa de unificación*, Revista virtual *Via inveniendi et iudicandi*, www.iusta.edu.co, 2008, pág. 13.

⁶¹⁰CASTAÑEDA AGREDO, J.: *Unidroit, alternativa de unificación...* op. cit. pág. 13.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional (como ha hecho la CCI).

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Además, cabe señalar que la Corte Arbitral de París ha dado mucha importancia a estos principios desde su aparición en 1994. «De hecho, están en segundo lugar después de la atención que se le presta a la *Lex Mercatoria*»⁶¹¹, ya que «los Principios de UNIDROIT pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como mencionan en su Preámbulo. Y específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:

1. Primeramente, ellos pueden ser aplicados como propiamente la ley del contrato, en virtud de escogencia (sic; elección) expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.
2. En segundo lugar, no obstante las partes hayan escogido la ley nacional, los principios pueden ser aplicados cuando se haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los principios han sido utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional a esas leyes nacionales.
3. Y en tercer lugar, los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías»⁶¹².

De lo que no queda ninguna duda, si observamos lo que dice el punto 6 del Preámbulo de los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (versión 2004):

También puede recurrirse a los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional. Jueces y árbitros suelen enfrentar dudas respecto de la solución adecuada a ser adoptada bajo un derecho nacional en particular, ya sea porque existen diferentes alternativas o porque pareciera no aplicarse ninguna. Es aconsejable recurrir a los Principios como fuente de inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un

⁶¹¹MATUTE MORALES, Claudia: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 13.

⁶¹²MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 11.

contrato comercial internacional. De esta manera el derecho nacional en cuestión será interpretado y complementado de conformidad con estándares internacionalmente aceptados y/o las necesidades específicas inherentes a las relaciones comerciales transfronterizas.

En el presente trabajo, nos centraremos en su vertiente de complemento e interpretación de convenciones internacionales. Así:

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como complemento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos.

Luego de haber sido incorporados dentro de varios sistemas legislativos, nacionales, la ley uniforme no ha perdido su naturaleza especial como un cuerpo de leyes desarrollada independientemente en un nivel internacional. Existe entonces una necesidad de una herramienta comparativa de emergencia como estos principios de UNIDROIT, capaces de ofrecer soluciones en los lugares donde existan vacíos en la ley uniforme y en donde los variados sistemas legislativos nacionales no sean capaces de proveer una solución satisfactoria⁶¹³.

Más aún, si se tiene en cuenta que «el contenido preciso de la *Lex Mercatoria* y de los principios generales del derecho habían sido oscuros. Con la aparición de los principios UNIDROIT, que se unen a los principios contractuales establecidos en la Unión Europea como referencia a la ley aplicable a los contratos comerciales es cuando se observan como herramientas esenciales al momento de la solución de controversias por parte de los árbitros internacionales»⁶¹⁴.

Los principios UNIDROIT se contemplan en el Capítulo I de la versión de 2004:

- Artículo 1.1 (*Libertad de contratación*).
- Artículo 1.2 (*Libertad de forma*).
- Artículo 1.3 (*Carácter vinculante de los contratos*).
- Artículo 1.4 (*Normas de carácter imperativo*).
- Artículo 1.5 (*Exclusión o modificación de los Principios por las partes*).
- Artículo 1.6 (*Interpretación e integración de los Principios*).
- Artículo 1.7 (*Buena fe y lealtad negocial*).

⁶¹³MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 12.

⁶¹⁴MATUTE MORALES, C.: *El arbitraje comercial internacional...* op. cit. pág. 5.

- Artículo 1.8 (*Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*).
- Artículo 1.9 (*Usos y prácticas*).
- Artículo 1.10 (*Notificación*).
- Artículo 1.11 (*Definiciones*).
- Artículo 1.12 (*Modo de contar los plazos fijados por las partes*).

Sin embargo, «otros principios son pretendidamente aplicables. Así el de la interpretación restrictiva de situaciones de excepción, por cuanto se estima que la jurisdicción arbitral constituye en sí misma una jurisdicción de excepción y por consiguiente habría de ser interpretada restrictivamente. Semejante punto de vista iría en contra de la práctica del arbitraje internacional configurado como el modo normal de solución de controversias, lo que no sería circunstancia para abonar o avalar en demasía la excepcionalidad de la solución»⁶¹⁵.

En este sentido se expresó la CCI en laudo dictado en el asunto N°. 4392 de 1983⁶¹⁶.

4. POR LAS PARTES.

No cabe duda, como hemos visto a lo largo del trabajo, que la LA ha considerado como un «elemento esencial e integrador» el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora bien, nuestra LA no hace otra cosa que recoger:

- la Ley Modelo de la UNCITRAL.
- la Jurisprudencia internacional.

Así, se considera que los árbitros no pueden sustituir la voluntad de las partes por la suya propia:

⁶¹⁵ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1274.

⁶¹⁶ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1274, citado en su nota (287). El autor se apoya en la sentencia de fecha 25.09.1983, caso AMCO, en el ámbito del CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, bajo la Convención de Washington de 1965 *Para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados*, según la cual «un convenio arbitral no debe ser interpretado ni restrictiva ni extensivamente y sí de manera que conduzca a encontrar y respetar la común intención de las partes».

En ningún caso los árbitros pueden sustituir la voluntad de las partes por la suya propia, aunque estimen que la elección efectuada por ellas se adapta mal a las circunstancias del contrato⁶¹⁷.

A esto se refiere el art. 4, a) de la LA (sobre los límites de la delegación en un tercero, incluida una institución de arbitraje), ya que solo los árbitros pueden (pero no todos, pues otro tercero o la institución arbitral no pueden), decidir sobre el Derecho aplicable al fondo del asunto, en defecto de determinación de las partes. La consecuencia es que, informada por las partes, la decisión se pasará a los árbitros⁶¹⁸.

Por ello, «en muchas sentencias arbitrales internacionales los árbitros estiman que el convenio arbitral debe ser interpretado estrictamente, de manera que conste indudablemente la voluntad de las partes en acudir al arbitraje (laudos CCI Nos. 2138 y 2321 de 1974)»⁶¹⁹.

En conclusión:

Este es [...] el sentido de la vigente ley cuyo artículo 4 establece reglas precisas de interpretación del convenio, primando la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (como mención, en todo caso específica e inequívoca del convenio arbitral, art. 9.1). Completan esta regla interpretativa la posibilidad de recurrir a un tercero para completar e integrar la relación (a) del art. 4) y la integración del reglamento institucionalizado, el cual proveerá los contenidos de interpretación, o designará normalmente la autoridad o procedimiento para hacerlo (Art. 4, b)⁶²⁰.

⁶¹⁷Son palabras de la sentencia CCI, número 2119, Clunet, 1979, pág. 997, nota DERAIS, recogida en MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1274, *ad infra*.

⁶¹⁸MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1275.

⁶¹⁹MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1275, que recoge estas sentencias, Clunet, 1975, págs. 934 y 938. Igualmente recoge otro laudo. «La ausencia de toda ambigüedad en la voluntad de las partes en someterse al arbitraje constituye *conditio sine qua non* para que los árbitros del comercio internacional se sientan investidos de un poder suficiente para contribuir realmente a desvincular el Derecho Internacional del comercio de las estructuras jurídicas nacionales, con frecuencia inadaptadas, y dando así respuesta a los deseos de los prácticos» YVES DERAIS, Clunet, 1974, pág. 938.

⁶²⁰MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J.: *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 1275.

CAPÍTULO CUARTO

AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL

I. AUTONOMÍA

En este apartado vamos a tratar de la autonomía del convenio arbitral desde una doble perspectiva:

- A) Autonomía sustancial: la extinción del contrato arbitrable no tiene por qué arrastrar mecánicamente la del convenio arbitral, y viceversa.
- B) Autonomía conflictual: la validez del convenio arbitral puede quedar sometida a ley distinta de la que rige el contrato arbitrable.

A) Autonomía sustancial

Podemos definirla como la existencia autónoma de la cláusula arbitral respecto del contrato en que se encuentra inserta; de modo que la nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula arbitral. ¿La nulidad del contrato principal significa la nulidad de la cláusula compromisoria? ¿Pueden los árbitros decidir sobre la nulidad del contrato principal?

Una explicación para este fenómeno la encontramos en el Profesor MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO cuando nos dice que⁶²¹:

La causa del contrato arbitral es distinta de la del contrato principal. No se trata de ordenar prestaciones de contenido patrimonial, sino de producir el doble efecto que la cláusula encierra, esto es, atribuir la competencia al árbitro y sustraer el asunto del conocimiento de la jurisdicción estatal.

Por tanto, si la función de la cláusula arbitral consiste en resolver crisis contractuales, «el principio de autonomía material de la cláusula arbitral sirve para asegurar dicha función y como tal aparece recogido en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales»⁶²².

⁶²¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 132.

⁶²² GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003... op. cit.* pág. 191.

Por ello, la Ley de 1988 consagraba legislativamente la autonomía del pacto compromisorio en su art. 8, al establecer taxativamente que «La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio».

Recogiendo, de este modo, la doctrina sentada por DÍEZ-PICAZO al afirmar que «indudablemente, podrá producirse una nulidad conjunta, ya que ambos “pactos” han sido producidos en el mismo momento, [...] y pueden adolecer de los mismos vicios o causas de nulidad, ... especialmente las que hagan referencia a la declaración de voluntad o la capacidad de los contratantes»; pero también «puede suceder que las causas de nulidad sean específicas del contrato principal, sin que entonces se extiendan al pacto compromisorio; incluso si todas las cuestiones surgidas del contrato deben someterse a árbitros, dentro de las mismas ha de poder incluirse las que se refieran a la propia nulidad del contrato principal»⁶²³.

En este sentido, el art. 22.1 de la LA determina legalmente dicho planteamiento al disponer:

Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Así, cuando la LA dispone que «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del mismo»; se limita a recoger el régimen general de la nulidad parcial de los contratos⁶²⁴; también plasmado en el art. 10.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Mientras que la verdadera excepción al sinalagma contractual principal, «es la posibilidad, contemplada en la segunda frase del precepto, de hacer subsistir la cláusula arbitral a pesar de la nulidad del contrato en su conjunto»⁶²⁵. Dicha excepción tiene tres consecuencias:

1. La nulidad del contrato donde se encuentra inserta la cláusula arbitral solo afecta a esta cuando se trata de una nulidad basada en la falta de capacidad de

⁶²³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.133, citando a DÍEZ-PICAZO, *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, ADC, 1954, pág. 1157.

⁶²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIRECTOR): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona (2004), p. 191.

⁶²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre...* op. cit. pág. 191.

los contratantes o de un vicio del consentimiento; ya que afectan por igual a los elementos materiales y a la cláusula arbitral del contrato⁶²⁶.

2. «Si el contrato es cedido a un tercero, la inexistencia del contrato respecto al cedente provoca la inexistencia del convenio arbitral respecto a este último»⁶²⁷.
3. Precisamente, debido a la facultad atribuida a los árbitros para decidir sobre su propia competencia (art. 22.1, inciso inicial), la nulidad de la cláusula arbitral no puede hacerse derivar de la del contrato si esta es la cuestión de fondo del asunto que deben decidir los árbitros; ya que lo contrario supondría convertir la cuestión debatida en el supuesto de hecho. En tal sentido se pronunció la STS (1ª) de 28 de abril de 1994⁶²⁸ cuyo Fundamento de Derecho Segundo se expresa en los siguientes términos⁶²⁹:

Parten todos los motivos de la pertinencia de la acumulación y de que la acción más importante de las ejercitadas era la declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración.

El primer motivo, al amparo del nº 3º del art. 1692 de la LEC., señala como infringido, por inaplicación, el art. 118 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en relación con el 71 de la LEC., y 143.2, sobre el fuero necesario del Juzgado de domicilio Social. El Segundo, por el mismo cauce procesal, acusa aplicación indebida del art. 56 de la LEC. El tercero, con idéntico amparo de la Ley Rituaria, considera infringida, por aplicación indebida, la regla 4ª del art. 1693 LEC., en el sentido de que, después de la reforma de 1984, ya no cabe articular como excepción dilatoria la falta de competencia territorial. Y el cuarto estima infringido, por aplicación indebida, el art. 533, nº 8, de la LEC., señalando que el contrato cuya nulidad se pretende, el de 27 de febrero de 1989, no contiene cláusula de sumisión a arbitraje y que, además, si un contrato es nulo también lo será la cláusula que contenga.

Lo primero que ha de señalarse es que la afirmación consignada en el motivo cuarto no se ajusta a la realidad; el contrato de 27 de febrero de 1989, obrante a los folios 419 a 424, contiene en este último la siguiente cláusula de arbitraje: «De conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado 7.12.88, las partes estipulan cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, comprometiéndose a instituir arbitraje de

⁶²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 191; en el mismo sentido DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de arbitraje...* op. cit. pág. 389.

⁶²⁷ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentario a la Ley de arbitraje...* op. cit. pág. 389.

⁶²⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 191. Sentencia en el repertorio TOL. 206.457.

⁶²⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 502-504.

equidad a desempeñar por un solo árbitro, para la resolución de cuantas cuestiones para (sic) plantear el cumplimiento y ejecución de las estipulaciones del presente contrato».

Es cierto el fuero necesario contenido en la Ley de Sociedades Anónimas. También lo es que, según el art. 71, LEC., « reglas contenidas en los artículos anteriores, se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la Ley para casos especiales», y las normas sobre Sociedades Anónimas y Arbitraje tienen tal rango de Ley. La validez de la sumisión a arbitraje de las materias sobre las que versa el contrato es plenamente válida y no puede negársele tal validez haciendo supuesto de la cuestión y negando eficacia al contrato, cuestión de fondo del asunto.

No es posible derogar la competencia por razón de la materia, aunque se intente por el vehículo procesal de la acumulación de acciones; y un órgano jurisdiccional no puede conocer de lo que le estaría vedado si se hubiesen ejercitado las acciones por separado (lo sometido a arbitraje-nulidad actos Consejo de Administración); y aquí no puede entenderse que las acciones ejercitadas están inseparablemente unidas, pues la propia Audiencia reconoce la «conveniencia» del tratamiento conjunto, mas no la necesidad (interpretación art. 154-3.º LEC).

Según el art. 8 de la Ley de Arbitraje, la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio, aunque una de las sociedades demandadas no opuso la excepción de arbitraje por lo que podía entenderse que la renunció (art. 11 de la Ley especial), la otra la opuso en tiempo y forma (art. 533-8º, adicionado por Ley 36/88, de 6 de diciembre, sobre Arbitraje).

La indebida acumulación tiene como efecto el decidir sobre el fondo en cuanto a la acción respecto de la que tenga competencia el órgano judicial, rechazando pronunciarse sobre la indebidamente acumulada (S. de 9 de septiembre de 1991).

Según la S. de 31 de mayo de 1991 (repertorio TOL. 1.729.017), «la apreciación de la nulidad de la cláusula de sumisión puede adelantarse cuando un precepto legal la ampare (en el caso que contemplaba art. 24, Ley 50/80, sobre contrato de Seguro; en el que nos ocupa, arts. 118 y 143.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), sea manifiestamente contraria a precepto imperativo, o entre un conflicto flagrante con los parámetros del art. 6 del CC., o cuando no reúna las condiciones que el art. 56 Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que lo interpreta exigen para la perfección y eficacia de la cláusula de prorrogación (sic)».

A partir de la Reforma de la Ley 34/84, de 6 de Agosto, en el nº 1 del art. 533 se ha sustituido el texto primitivo que hablaba de incompetencia de jurisdicción por el que dice: «falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional». Este texto, pues, distingue entre jurisdicción y competencia y, dentro de esta, en el art. 533.1º se excluye, pues la omite voluntariamente, la competencia territorial, no permitiendo plantear cuestiones sobre ella con el trámite de las excepciones dilatorias, lo que comporta que el art. 79 de la propia Ley queda modificado en el sentido de que la declinatoria. Solo se puede plantear por el cauce de los

incidentes y que dentro del art. 687, propio del juicio de menor cuantía, no cabe que figure como excepción, pues no lo es la declinatoria (SS. de 30 de diciembre de 1992, 5 de febrero de 1992 y 25 de febrero de 1991), pero no puede predicarse lo mismo respecto al sometimiento a Arbitraje.

Por cuanto antecede, solo puede acogerse parcialmente el recurso y el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcañiz debió seguir conociendo de la acción sobre nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración y peticiones con ella concordantes, más no de las cuestiones sometidas a arbitraje (este no puede dividirse —continencia de la causa— aunque una sociedad lo alegase y otra u otras no), debiendo celebrar nueva comparecencia en la que se delimiten los términos del debate. Todo ello, repetimos, sin perjuicio de las transacciones, renunciaciones o desistimientos que se acrediten.

Dice también MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO:

Por supuesto, a pesar de todo lo anteriormente dicho, las partes pueden hacer depender muy estrechamente el contrato arbitral de su contrato principal sin dejar ningún margen de autonomía a la cláusula [arbitral]⁶³⁰.

Pero la mejor concreción de esta autonomía del convenio arbitral la encontramos en el art. 22 de la LA; ya que conforme a su Exposición de Motivos (V):

El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral.

Veamos algunos principios que se derivan como consecuencia de esta autonomía del convenio arbitral:

1. *Principio de competencia*: potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.

El Art. 22 LA 60/2003 trae su origen del art. 16 de la Ley Modelo CNUDMI. El apartado primero del art. 16 de la Ley Modelo (regulado en el Capítulo IV sobre «La facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia») dispone:

⁶³⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág.134, citando a GOLDMAN, *Arbitraje internacional y Derecho común de las naciones* «Revue de l'Arbitrage», 1956, núm. 57.

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

El art. 22 LA declara por tanto que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su propia competencia. Aunque algún autor estime que debería hablarse de «jurisdicción» en lugar de «competencia» el término «competencia» resulta apropiado teniendo en cuenta su origen así como la terminología habitual en arbitraje internacional⁶³¹.

La mayoría de los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales reconocen el principio de Kompetenz-Kompetenz, lo que refleja la tendencia actual a aplicar esa teoría. Entre ellas, cabe destacar los de las siguientes instituciones:

- CNUDMI (revisado en 2010): art. 23 en relación con el 4.2 (para arbitrajes ad hoc).
- Cámara de Comercio Internacional, CCI (en vigor desde el 1 de enero de 2012): art. 6.
- London Court of International Arbitration, LCIA: artículo (en vigor desde el 1 de enero de 1998): art. 23
- American Arbitration Association, AAA (en vigor desde el 1 de junio de 2009): art. 15
- China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC (en vigor desde el 1 de mayo de 2012): art. 6. El reconocimiento de la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia es sui generis: el art. 6 (en sus apartados primero y tercero) sostiene que CIETAC tiene potestad para determinar la existencia y validez de un convenio arbitral y su propia competencia respecto a un arbitraje y que la Corte puede, cuando lo estime necesario, delegar en los árbitros tal potestad.
- Corte de Arbitraje de Madrid (en vigor desde el 1 de enero de 2009): art. 8

⁶³¹ VENEGAS GRAU, Carmen, «Artículo 22», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Lorenzo Prats Albentosa (coordinador). Ed. La Ley, Madrid, 2013, pág. 534.

- Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA (en vigor desde el 1 de octubre de 2010): art. 20
- Corte Española de Arbitraje (en vigor desde el 15 de marzo de 2011): art. 14
- Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (en vigor desde el 21 de julio de 2010): art. 8
- Tribunal Arbitral de Barcelona (en vigor desde el 26 de julio de 2004): art. 19
- Tribunal Arbitral de Valencia (Ilustre Colegio de Abogados de Valencia): art. 10
- Corte de Arbitraje de Valencia (Cámara de Comercio de Valencia): art. 22
- Modelo del Reglamento del Club Español del Arbitraje, CEA (contenido en la Segunda Sección del Código de Buenas Prácticas del CEA, aprobada en octubre de 2008): art. 34: «1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia».

En algunas instituciones la Corte decide, en ciertos casos, previamente a los árbitros, si y en qué medida el arbitraje debe proseguir (por ejemplo si está convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un convenio arbitral), sin que ello prejuzgue la admisibilidad o fundamento de las excepciones planteadas a la hora de que los árbitros decidan sobre su competencia en relación con las partes o demandas respecto a las cuales la Corte haya decidido que el arbitraje debe proseguir. Es el caso del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y del de la Corte de Arbitraje de Madrid (art. 6, apartados 4 y 5 y art. 8, apartado 1(a) respectivamente).

Bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, si la Corte decide que no puede proseguir un arbitraje en relación con todas o algunas de las partes, estas conservan el derecho a solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un convenio arbitral, y respecto a cuál o cuáles de las partes (art. 6, apartado 6). Y si la Corte decide que no puede proseguir respecto a cualquiera de las demandas, la parte podrá reintroducir la misma demanda posteriormente en otro procedimiento (art. 6, apartado 7).

En cambio, bajo el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, si esta decide que el arbitraje no puede proseguir, por no estar convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un convenio arbitral por el que se encomiende la resolución de la

controversia a la Corte, en caso de que la parte actora se muestre disconforme con dicha decisión, la Corte completará el nombramiento de los árbitros, que dictarán un laudo parcial en el que revisarán la decisión de la Corte. Si dicho laudo ratifica la decisión de la Corte, la parte actora será condenada en el laudo parcial al pago de las costas generadas hasta ese momento.

En resumen, si bien las instituciones administradoras de arbitrajes reconocen el principio de Kompetenz-Kompetenz en sus reglamentos, algunas introducen especificidades que les distinguen de las demás.

Uno de los efectos de este principio, aunque lo veremos con detalle más adelante al hablar sobre los efectos positivos del convenio arbitral, pero podemos adelantar aquí, es el criterio compartido por la doctrina y la jurisprudencia que cuando la parte demandada opone excepción de sumisión a arbitraje y contesta a la demanda en cuanto al fondo planteada por la vía judicial, ello no debe interpretarse como que renuncia presuntamente al convenio arbitral⁶³².

Así pues, por el efecto positivo del principio de Kompetenz-Kompetenz, los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia y, únicamente como consecuencia del principio de separabilidad, tienen competencia para tomar una decisión sobre la validez del convenio arbitral.

2. *Principio de separabilidad*

Del artículo 22 LA se deducen dos principios, el de separabilidad y el de Kompetenz-Kompetenz, que inciden y forman la autonomía sustancial del convenio arbitral.

Aunque ambos principios, el principio de competencia de la competencia y el principio de separabilidad se hallan estrechamente vinculados, ambos no deben confundirse. El art. 22.a *in fine* LA consagra el principio de separabilidad: «El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por si sola la nulidad del convenio arbitral».

⁶³² Vide las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª: STS 632/2005 de 18 de julio, STS 559/2005 de 7 de julio, STS 886/2004 de 15 de septiembre, STS 352/2004 de 11 de mayo.

Si no existiese el principio de separabilidad, en el caso de que un contrato llegase a ser declarado nulo, los árbitros, al aplicar el principio de Kompetenz-Kompetenz, se tendrían que declarar incompetentes para conocer de la controversia puesto que el convenio arbitral sería nulo. Por esa razón se establece que el convenio arbitral es independiente y autónomo, «separable» del contrato, y la nulidad del contrato no conlleva la invalidez del convenio arbitral⁶³³.

En este escenario, VENEGAS GRAU⁶³⁴ se plantea si el principio de separabilidad es aplicable en todos los casos:

Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando el contrato es cedido a una tercera parte o cuando la invalidez del contrato dimana de vicios del consentimiento? Estos casos son algunas de las excepciones a la regla general de la separabilidad: por ejemplo, cuando se cede un contrato a una tercera parte, si el contrato es inexistente respecto al cedente, el convenio arbitral también será inexistente respecto a dicho sujeto y en ciertos casos en los que el contrato es inválido por vicios del consentimiento el convenio arbitral podría verse afectado por dichos vicios. Volviendo a la regla general, cuando el contrato es nulo, el principio de competencia de la competencia cobra sentido gracias al principio de separabilidad. Y para que los árbitros puedan conocer de una controversia y declararse competentes, debe determinarse previamente la existencia y validez del convenio arbitral aplicando el principio de separabilidad. En ese momento entra en juego el concepto de arbitrabilidad [...], y la distinción entre el control de oficio y el control a instancia de parte de la competencia de los árbitros.

3. *Control de la competencia de los árbitros:*

Concepto de arbitrabilidad. Control de oficio y a instancia de parte de la competencia de los árbitros.

Siguiendo en esta línea, nos podemos plantear si, dadas determinadas materias arbitrables, los árbitros pueden ejercer de oficio el control sobre el alcance y contenido del convenio arbitral, o debe ser siempre a instancia de parte,

⁶³³ Vide Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2007, recurso 3011/2000, fundamento de derecho tercero (Repertorio TOL.1,143,870 y La Ley 125057/2007):

«B) En virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, recogido expresamente en la vigente LA (no aplicable al caso controvertido por razones temporales), la nulidad del contrato o instrumento, en este caso los Estatutos sociales, en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de este, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, con independencia del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría, como dice la parte recurrente, incurrir en una petición de principio».

⁶³⁴ VENEGAS GRAU, C., «Artículo 22», *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 541.

La actual ley 60/2003 en su art. 2.1 LA, relativo a la arbitrabilidad de las controversias (Materias objeto de arbitraje), es una norma imperativa: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Por su parte el art. 22 LA establece como regla general el control a instancia de parte de la competencia de los árbitros mediante el planteamiento de excepciones. El control de oficio solo se podrá ejercer cuando se esté ante cuestiones inarbitrables, es decir indisponibles; este sería, por ejemplo, el caso de la violación del orden público, que resulta indisponible para las partes. Pero no porque una materia esté regulada por normativa de orden público resulta inarbitrable, en la medida en que los derechos en juego sean disponibles para las partes: el arbitraje no queda excluido, ni el árbitro debe declararse incompetente, porque una controversia esté sometida a normas de orden público, sino que ello obliga al árbitro a aplicar tales normas en el seno del arbitraje.

Su antecedente normativo, el art. 23.3 de la Ley 36/1988, en cambio, contemplaba expresamente el control de oficio, por parte del árbitro, de su propia competencia: «En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por estos aunque no hubiese sido invocada por las partes».

Volviendo a nuestra actual Ley de Arbitraje 60/2003, la regulación del art. 22 de la LA supuso una novedad, al eliminar tal mención expresa. Desde entonces, la regla general consiste en que las partes deberán alegar la excepción.

Pero ¿qué ocurre si la parte demandada no participa en el arbitraje, no alegándose por tanto excepción alguna, y el árbitro no aprecia de oficio su falta de competencia? El árbitro no puede actuar en lugar de la parte demandada pero deberá actuar con cautela suficiente en garantía de los derechos de la parte que no participa y esta podrá *a posteriori* solicitar la acción de anulación⁶³⁵ del laudo dictado sobre competencia, por lo que no se genera indefensión alguna.

Nos hemos referido arriba a que el hecho de que los árbitros controlen su propia competencia significa que controlen el alcance y contenido material del convenio arbitral a fin de determinar la existencia y validez del convenio. Además de entrar en juego aquí la arbitrabilidad de la materia objeto del convenio, intervienen también cuestiones de forma del convenio arbitral y de extensión del objeto de la competencia.

⁶³⁵ Regulada en los arts. 40 a 42 de la LA, habiendo sido este último objeto de reforma mediante la Ley 11/2011.

4. *Extensión del objeto de la competencia. Las excepciones oponibles*

Nos planteamos ahora cuál es el objeto de la competencia de los árbitros, qué es lo que ellos deben analizar del convenio arbitral para que sea válido y ellos declararse competentes, y si el declararse competentes se refiere solo a la existencia del convenio; o por el contrario si se debe tener en cuenta de forma extensiva cualquier aspecto relativo al convenio arbitral; y además, nos preguntamos qué excepciones pueden las partes oponer a los árbitros cuando se declaren competentes para conocer del convenio arbitral.

Ya nos hemos referido anteriormente que, en cuanto a la forma, el convenio arbitral «podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente» (art. 22 LA). La Exposición de Motivos de la LA señala que «la ley refuerza el criterio antiformalista». El convenio arbitral debe constar por escrito, pero son válidos los convenios por referencia y aquellos en soporte que deje constancia de su contenido. Nos remitimos aquí al estudio que hemos hecho sobre el art. 9 LA.

En cuanto al objeto ¿debe el término «competencia» interpretarse de forma restrictiva, es decir únicamente respecto a cuestiones de existencia y validez del convenio arbitral? La respuesta de la doctrina es que debe dar cabida a todas las situaciones que se plantean en la práctica, incluyendo las excepciones relativas a las mencionadas cuestiones «o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia», como sostiene expresamente el art. 22 de la LA, apartado primero. Esta coletilla es una añadidura respecto al art. 16, apartado primero, de la Ley Modelo, que no contempla tal amplitud y flexibilidad. En ese sentido, la LA va más allá de la Ley Modelo. Pero no todo cabe en esas «cualquiera otras» excepciones, puesto que quedan excluidas las cuestiones relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio, como estipula expresamente la exposición de motivos de la LA en su punto V, relativo al Título IV.

VENEGAS GRAU⁶³⁶, sin hacer un listado exhaustivo, enumera algunas de esas excepciones que impiden entrar a conocer de la disputa y obtener un pronunciamiento de fondo:

1. *La inexistencia⁶³⁷ o nulidad⁶³⁸ del convenio arbitral.* La excepción de inexistencia del convenio arbitral quedaría desestimada ante el intercambio de escritos de demanda y

⁶³⁶ VENEGAS GRAU, C., «Artículo 22», *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit., págs. 544-546.

contestación en los que la existencia del convenio arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra, según dispone el art. 9.5 LA⁶³⁹.

2. *La inarbitrabilidad (indisponibilidad) de la materia.* Nos remitimos a lo estudiado en este trabajo sobre la arbitrabilidad.
3. *La extralimitación⁶⁴⁰ de la competencia de los árbitros,* cuando se solicita que se resuelvan cuestiones que no quedan dentro de los límites de dicha competencia, salvo si queda subsanado por el intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del convenio arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra, según dispone el art. 9.5 LA. Dicha extralimitación viene expresamente contemplada como excepción de incompetencia en el art. 22.2, párrafo primero, de la LA.
4. *La concurrencia del efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada⁶⁴¹* que impediría a los árbitros conocer de la controversia.
5. *La falta de sometimiento de la disputa a otros medios alternativos de resolución de conflictos como la mediación o la conciliación previa, o bien la falta de cumplimiento del periodo previo de negociaciones contemplado en el convenio arbitral.* En la práctica no son cuestiones que suelen dar lugar a la declaración de incompetencia de los árbitros, en la medida en que estos pueden proponer a las partes la suspensión del arbitraje

⁶³⁷ Vide, en cuanto a la existencia o no de un convenio arbitral, el fundamento de derecho tercero de la Sentencia núm. 496/2010, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21, 26 de octubre de 2010, declara que «[el] primer motivo de anulación alegado al amparo del art. 41.1 a) de la Ley de Arbitraje es la inexistencia de convenio arbitral, en relación con el art. 9 de la misma Ley. La resolución de este motivo exige concretar qué fue objeto de arbitraje, para partiendo de ello comprobar si se pactó o no el arbitraje o si el acuerdo inicial fue novado “novación extintiva”, concluyéndose que el convenio arbitral existe».

⁶³⁸ Vide Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10, 9 de abril de 2008, recurso 211/2008 en cuanto a la nulidad del convenio arbitral: en los acuses de recibo figuraba que el interesado se encontraba ausente y la Audiencia Provincial entiende que el convenio debe reputarse nulo en cuanto que no se encuentra firmado por ninguna de las partes, ni hay dato alguno del que pueda deducirse que fuera siquiera objeto de negociación, ni siquiera leído.

⁶³⁹ Vide en relación con el art. 9.5 LA, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2010, citada *ut supra*, fundamento de derecho tercero *in fine*, dice: «Existe convenio arbitral en los términos exigidos por el art. 9.1 de la Ley de Arbitraje, por lo que la alegación de inexistencia de convenio no procede que sea estimada; pero es más, la propia parte demandante admitió de conformidad con el apartado 5 del art. 9 de la Ley de Arbitraje la jurisdicción arbitral —en términos del propio árbitro— como se comprueba no solo de la contestación a la demanda en la que no negó el arbitraje sino que partiendo de su procedencia lo que sostuvo fue que debería ser un solo árbitro y no un tribunal arbitral como se había acordado en su día; es decir, su intervención fue para concretar cómo debería ser seguido el procedimiento; fue con posterioridad cuando trató de negar dicha competencia en base no a documentos ni pruebas constantes en autos sino en apoyo de su tesis, y generalidades, según se evidencia de los documentos y grabación de la audiencia habida en el proceso arbitral, unida a los autos».

⁶⁴⁰ Respecto a la inarbitrabilidad y la extralimitación, conviene resaltar que la Ley 11/2011 introduce en su art. 39.1.d), la posibilidad de «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».

⁶⁴¹ A estos efectos es de aplicación el art. 43 LA, modificado por Ley 11/2011, sobre la eliminación de la distinción entre laudo definitivo y firme, estableciendo que el laudo arbitral produce los efectos de cosa juzgada aunque se ejercite contra él la acción de anulación o revisión; puede ser ejecutado forzosamente si no se cumple voluntariamente. En relación a la cosa juzgada vide la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, 5.diciembre.2008, recurso 5/2008 (repertorio TOL.1.462.529); su FJ tercero dice: «Esta Sala comparte desde luego íntegramente esta última apreciación de NEXT DOOR, S.L. En efecto, decidir sobre la concurrencia de excepciones cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia constituye una de las potestades de los árbitros (Art. 22-1 de la Ley de Arbitraje), y, desde luego, la eventual interpretación incorrecta de las normas reguladoras de la cosa juzgada no es cuestión que afecte al orden público de igual modo que no puede afirmarse que integre ese orden cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluso las de carácter imperativo o prohibitivo».

durante el plazo establecido en el convenio arbitral o, en su defecto, un plazo razonable, para que intenten llegar a un acuerdo vía mediación o conciliación, o bien vía negociación, según sea el caso, en cuyo defecto se reiniciaría el arbitraje.

6. *La legitimación y, en particular, la intervención de terceros no signatarios del convenio arbitral* pero que, por ejemplo, han participado en la negociación y ejecución del contrato en el que está incluido dicho convenio, en el caso de los arbitrajes multiparte, que son cada vez más frecuentes en arbitraje comercial internacional. El hecho de que esos terceros hayan intervenido en la relación jurídica objeto del procedimiento arbitral debe poder deducirse de inequívocos *facta concludentia*; así, en la decisión de los árbitros sobre su competencia respecto a terceros el peso recae en la valoración de la prueba fáctica por parte de los árbitros. Uno de los fundamentos de la extensión a terceros del convenio arbitral es la no división de la continencia de la causa, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios. A título ilustrativo, el Reglamento de Arbitraje 2012 de la Cámara de Comercio Internacional incorpora nuevas disposiciones para abordar en profundidad cuestiones relativas a la multiplicidad de partes, multiplicidad de contratos y consolidación de arbitrajes (artículos 7 a 10).
7. *El litisconsorcio pasivo necesario.*
8. *La litispendencia.* A título ilustrativo, cuando la solicitud de arbitraje se fundamenta en un convenio arbitral suscrito por las partes con posterioridad al comienzo de un procedimiento judicial y las partes no desisten previamente de dicho procedimiento, si la parte demandada no opusiese excepción de incompetencia de los árbitros, estaríamos ante un caso de litispendencia que debería ser apreciada de oficio por los árbitros.
9. *La prejudicialidad.* Sin mencionar la prejudicialidad civil, algún sector de la doctrina ha lamentado que la Ley 11/2011 no haya entrado a regular la prejudicialidad penal, problema al que se enfrentan los árbitros e instituciones arbitrales cada vez con mayor frecuencia.
10. *La caducidad del convenio arbitral* por estar sometido a un plazo, expresamente acordado por las partes, que ya ha expirado, lo cual no es habitual; en tal caso el Árbitro tiene potestad de controlar de oficio su propia competencia.
11. *La apreciación de defectos en la capacidad o en la representación de las partes* (si bien podrían ser subsanados).
12. *La apreciación de defectos en la manera de presentar la solicitud de arbitraje* (que también podrían ser subsanados por la parte que los originó), entre otras posibles excepciones a la competencia.

5. *Momento del planteamiento de las excepciones y de la decisión sobre competencia*

La LA 60/2003 regula y detalla tanto el momento (imperativo) del planteamiento de las excepciones oponibles de incompetencia de los árbitros como el momento (potestativo) de la emisión de la decisión de los árbitros sobre su propia competencia.

Aunque lo habitual es que sea la parte demandada quien oponga las excepciones, cabe igualmente la posibilidad de que lo haga la parte demandante del procedimiento principal en su contestación a la reconvención, conforme a lo dispuesto en el art. 4.c) LA. La parte que oponga excepción de incompetencia deberá (imperatividad de la LA) alegarla *a limine* de conformidad con lo dispuesto en el art. 22, apartado segundo, de la LA:

Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia *deberá* oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros solo *podrán* admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

Si bien la regla general de la preclusión o tempestividad es la contestación a la demanda (para la parte demandada que opone excepciones de incompetencia) o, su equivalente, la contestación a la reconvención (cuando se trata de la parte demandante del procedimiento arbitral principal), la LA prevé las dos excepciones siguientes:

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2, párrafo primero, de la LA «La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito». O sea, en caso de alegarse extralimitación de la competencia, la excepción deberá imperativamente oponerse (a instancia de parte) en cuanto se plantee la materia objeto de tal extralimitación. Si no fuera así se interpretará como una renuncia tácita, en la medida en que la materia no sea inarbitrable (indisponible) ni contraria al orden público, pues en estos casos cabe la apreciación de oficio. La LA es flexible y

contempla así la posibilidad de que disponen las partes en un arbitraje de ampliar o modificar sus escritos iniciales para dar lugar a este tipo de excepción.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2, párrafo segundo «los árbitros solo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada». El árbitro tiene pues la potestad, que no la obligación, de admitir las excepciones opuestas tras presentar la contestación o la contestación a la reconvencción, o sea, extemporáneamente según la regla general, si la demora es justificada. Por ejemplo en los siguientes dos casos: el de una sociedad en concurso, pues esta situación impediría decidir ágilmente interponer una excepción de incompetencia de los árbitros, y la de demora en la recepción de notificaciones si la parte se encuentre fuera de España, por las dificultades de notificación de documentos.

La propia Exposición de Motivos de la LA recoge en su apartado V que «la regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros».

B) Autonomía conflictual

En este punto nos vamos a referir a la autonomía del arbitraje respecto de la Ley nacional en aquellos supuestos en que proceda.

La autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal conlleva también un elemento de conexión con el Derecho Internacional Privado, como veremos.

La cuestión aquí debatida es si la «completa autonomía jurídica de la cláusula compromisoria exige una conexión independiente o autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla, de manera que, si bien el contrato principal puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria»⁶⁴². Por ello, decir que el convenio arbitral es autónomo y tiene una función propia, en términos de Derecho

⁶⁴² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 143.

Internacional Privado significa que puede ser sometido a una ley distinta de la aplicable al contrato principal celebrado entre las partes⁶⁴³.

Hasta hace pocos años esta autonomía conflictual, dentro del campo del Derecho Internacional Privado, era rechazada por la doctrina y la jurisprudencia, pues no se podía entender que una parte del contrato fuese regido por una ley distinta a la que se aplicaría al convenio arbitral, primando la idea de que la ley que regulase el contrato principal lo sería del convenio arbitral y de todo el arbitraje. En España esta discusión se planteó al preguntarse, en fase de ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país, si era preceptivo exigirles que debían cumplir nuestras leyes. La doctrina estaba dividida: mientras para unos la respuesta era afirmativa y solo admitían la ejecución de los laudos arbitrales que cumpliesen nuestras leyes patrias, al considerarlas de orden público, por lo que por mor del orden público interno español las partes no podían elegir la ley que regiría su arbitraje en caso de conflicto. Otro sector doctrinal entendió que la cláusula compromisoria era autónoma respecto del contrato principal⁶⁴⁴.

Para entender mejor la solución dada por la vigente LA 60/2003, de 23 de diciembre, es importante estudiar someramente cómo la doctrina y jurisprudencia afrontó la aplicación de la autonomía del convenio arbitral, bajo las leyes de arbitraje españolas de 1953 y 1988 para terminar estudiando como aquella solución doctrinal y jurisprudencial se insertó en la regulación actual de la LA 2003.

1. La autonomía conflictual en la Ley de Arbitraje de 1953

Ya hace años que el profesor GONZÁLEZ CAMPOS alertó sobre la importancia del convenio arbitral en el comercio internacional⁶⁴⁵.

Pese a ello las características de la ley de arbitraje de 1953, entonces vigente, fueron poco favorables al desarrollo del arbitraje conforme a las exigencias del comercio internacional, sobre todo en lo referido a la validez y eficacia de la «cláusula

⁶⁴³ KLEIN, Frédéric-Edouard, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bele, 1955, pág. 500, citado en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 143-144.

⁶⁴⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, II, 6ª ed. Madrid, 1974, pág. 480 y ss., Citado por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...*, op. cit. pág. 146.

⁶⁴⁵ «Cerca del ochenta por ciento de los contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria de arbitraje», en GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*, en www.unav.es, año 1975, Anuario de Derecho Internacional, II, pág. 21.

compromisoria». Y por un erróneo planteamiento del problema del arbitraje internacional, la perspectiva «conflictiva» de este quedó mediatizada por una consideración de la ley de 1953 como disposición de orden público.

El convenio arbitral en las relaciones comerciales internacionales posee en palabras del GONZÁLEZ CAMPOS⁶⁴⁶ una «utilidad preventiva»; pues establecido tal pacto compromisorio, cuando surja entre ellas una controversia estarán en mejor disposición de solucionarla amistosamente sabiendo que en caso de ruptura está previsto el recurso al arbitraje y este podrá instituirse fácilmente⁶⁴⁷. Pero la utilidad del convenio arbitral en este sentido «preventivo» de las controversias solo se hace realidad cuando se admiten unos determinados efectos jurídicos del pacto de someterse al arbitraje para las controversias futuras; esto es, que la cláusula posea autonomía en cuanto elemento de arreglo de controversias, sin necesidad de convertir un ulterior compromiso y en su virtud las partes se obligan a un arbitraje. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se formuló en este campo, sobre todo, en materia de exequátur donde primaron los criterios «formalistas» de la legislación arbitral⁶⁴⁸.

Así pues, la ley de arbitraje de 1953 no satisfizo los resultados esperados para el arbitraje comercial internacional en España, por dos razones⁶⁴⁹:

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit., pág. 22.

⁶⁴⁷ FOUCHARD, Ph., *L'arbitrage comercial internacional*, Paris, 1965, págs. 54 y ss.

⁶⁴⁸ El Tribunal Supremo exigió para la validez de la cláusula arbitral que constase en escritura pública – conforme al artículo 16 de la LA 1953- y no por medio de cláusulas de adhesión impresas en varias notas de pedidos de mercaderías (vide Autos TS 4 y 14 de marzo de 1964), olvidando que en el comercio internacional, sobre todo marítimo, los arbitrajes se basaban normalmente en una cláusula arbitral incluida en un contrato de fletamento. Por ello, lo que ocurría es que los empresarios españoles entendían que no quedaban sometidos al arbitraje por obra de una simple cláusula compromisoria, y si la otra parte, como sucedía en los casos de nuestra jurisprudencia, instaba el arreglo ante una institución permanente de arbitraje, de ordinario la parte española no comparecía ante el árbitro o alegaba la nulidad de la cláusula que suscribió. Después, en fase de exequátur la jurisprudencia española ampararía a la parte española declarando la nulidad de la sentencia arbitral. Al final desaparecía la finalidad «preventiva» y pacificadora de la cláusula arbitral en las relaciones comerciales internacionales. Además había otro motivo, pues había que contar con la designación de los árbitros por un tercero, exigida en la práctica comercial internacional frente a la eventual mala voluntad de una de las partes, que se niega a llevar a cabo esa designación. En los convenios arbitrales internacionales las partes se suelen remitir, en la mayoría de los casos, al reglamento de una institución arbitral permanente; en estos la norma general es que cada parte elija un árbitro y el tercero se elige de común acuerdo. Si una de las partes no designaba el árbitro que le correspondía, la otra instaba a la institución arbitral a que designase árbitros. En este caso, la parte española alegaba la nulidad de la cláusula arbitral por ser contraria al orden público español, pues conforme al artículo 22 de la LA de 1953 los árbitros habían de ser designados de común acuerdo y no era válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos. Para el Tribunal Supremo Español era un tema de orden público y no daba lugar al exequátur. Vide, entre otros, Auto TS 4 de julio de 1975. En GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. págs. 23 a 25.

⁶⁴⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 26. FRANCESCAKIS, Ph. «*Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord*

- a. Porque era inadecuada para la concepción que inspiraba las exigencias de las relaciones comerciales internacionales, donde el recurso al arreglo arbitral no es una solución de carácter «ocasional» ni de «confianza».
- b. Por un erróneo planteamiento del problema, en la perspectiva del Derecho Internacional privado, cuya nota distintiva es la «mediatización» que el «orden público» español (inducido de los preceptos de la ordenación de 1953) ejerce sobre los aspectos «conflictivos» del arbitraje. Ello es debido al olvido de un planteamiento del tema en términos propiamente de Derecho internacional privado (acción de las normas de conflicto y, también, de las normas materiales especiales, entre otras⁶⁵⁰) y muy especialmente de no tomar en consideración un extremo esencial en esta perspectiva: la independencia o a autonomía de la «cláusula compromisoria» en las relaciones privadas internacionales.

Como arriba hemos señalado, la autonomía del convenio arbitral posee un doble efecto: un efecto *sustancial*, que se concreta en el hecho de que la eventual nulidad del contrato de base en que se encuentra inserto, no se prolonga al convenio arbitral. Este es el criterio que la jurisprudencia francesa tomó a partir de la Sentencia del Tribunal de Casación (1ª Sala Civil) de 7 de mayo de 1962, en el asunto GOSSET⁶⁵¹.

En el sistema español de la época, aun cuando se acogen diversos supuestos de ineficacia parcial del contrato, no existe una regla con valor general. La tesis general es que el valor esencial, en orden a acoger la nulidad parcial, viene dado por la voluntad hipotética de las partes, que habrá de ser determinada por el juez considerando el conjunto

compromissoire», R. De l'Arbitrage (1974), págs. 67 y ss. F.E. KLEIN, «*Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*», en la R. Critique D. International privé, (1961), págs. 499 y ss.

⁶⁵⁰ B. GOLDMAN, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, en Travaux du Comité Français de Droit international privé (1966-1969), págs. 11 y ss., favorable a una consideración «sustantivista» y no «conflictualista» de los problemas del arbitraje en las relaciones privadas internacionales. A juicio de B. GOLDMAN, id. pág. 135, la «autonomía» de la cláusula compromisoria es una regla material de derecho internacional privado. Su efecto es el *favor negotii*; y a la inversa, una construcción desde el ángulo del orden público, que someta la cláusula compromisoria al sistema nacional, como se apunta en la jurisprudencia española del exequátur, podría interpretarse bajo el ángulo de una norma de aplicación necesaria, cuyo efecto es impedir la sustracción del litigio a la jurisdicción ordinaria. Vide GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit., pág. 26.

⁶⁵¹ *En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présenté toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte.*

de la relación creada y la intención práctica atribuida a las diferentes estipulaciones. Por lo que se refiere al caso concreto de la cláusula compromisoria de arbitraje, no existen soluciones cerradas (legales o jurisprudenciales) que ofrezcan una respuesta inequívoca al problema, aunque la doctrina civilista se inclinaba por la independencia o autonomía de la cláusula⁶⁵².

Opinaba entonces GONZÁLEZ CAMPOS que la conclusión anterior se alcanzaba desde dos consideraciones distintas:

De una parte, el hecho de que no exista una disposición con valor general, sometiendo a total ineficacia toda relación contractual, así como la admisión, en diferentes supuestos, de la nulidad parcial. De otra parte, en atención a la intención práctica de las partes, en relación con la misma función que cumple la cláusula compromisoria. La sumisión al arbitraje entraña una manifestación de voluntad encaminada a atribuir el conocimiento de cualquier litigio futuro, al arbitraje; si se prolonga la eventual nulidad del contrato de base sobre la cláusula arbitral, se restringiría indebidamente esta manifestación de voluntad, pues cabe estimar que las partes han tenido la intención de someter dicho problema de nulidad al conocimiento de los árbitros. Asimismo, no cabe olvidar que la función de la cláusula es muy distinta de la del contrato de base: no se trata de ordenar prestaciones de contenido patrimonial, sino de producir el doble efecto que la cláusula encierra, esto es, atribuir la jurisdicción al árbitro y sustraer el asunto del conocimiento de la jurisdicción ordinaria⁶⁵³.

El otro efecto que la autonomía de la cláusula compromisoria, posee, en las relaciones privadas internacionales, es el efecto «de conexión»⁶⁵⁴ o si se quiere, de reglamentación a los fines del Derecho internacional privado. Se trata de que «la completa autonomía jurídica de la cláusula compromisoria de arbitraje exige una conexión independiente o autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla; de manera que, si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos, para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje. Como ha señalado F.E. KLEIN, “decir que la cláusula compromisoria es autónoma, que cumple una función propia, en términos de

⁶⁵² GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 411, señalaba que si la cláusula está incluida en un contrato «pese a esa dependencia formal, la cláusula compromisoria posee independencia *per se*». Díez PICAZO, Luis, *El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje*, Anuario de Derecho Civil (1954), págs. 1156-7. TORRALBA SORIANO, Orencio Vicente, *Eficacia del contrato preliminar de arbitraje*, R. Crítica de D. Inmobiliario (1966) pág. 318-20.

⁶⁵³ GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 28.

⁶⁵⁴ La expresión es de F.E. KLEIN, en *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, op. cit. págs. 499 y ss. quien hablaba de *autonomie en matière de rattachement y autonomie materielle*.

derecho internacional privado significa, ante todo, que puede ser sometida a una ley distinta de la aplicable al contrato principal celebrado entre las partes”. El fundamento de esta solución cabe hallarlo en la una previa calificación autónoma de la cláusula, en atención a su función»⁶⁵⁵.

Señala GONZÁLEZ CAMPOS que esta autonomía fue una de las aportaciones que dio el desarrollo de la institución arbitral en las relaciones comerciales internacionales. Toda vez que antes, esta autonomía, a los fines del Derecho Internacional Privado, fue negada, pues se sostenía que «no cabe concebir que una parte de las disposiciones de un contrato quede regida por una ley y otra parte por una ley distinta», de manera que «la ley rectora del contrato deberá ser aplicada también a la cláusula relativa al arbitraje y, con ello, a todo el arbitraje»⁶⁵⁶. Esta doctrina cambió más adelante hasta admitir que «las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están sometidos necesariamente a la misma ley aplicable a las relaciones litigiosas»⁶⁵⁷.

Siguiendo un paso más adelante, en la Sentencia del Tribunal de Apelación de París (1ª Sala Sup.) de 25 de enero de 1972, dictada en el asunto «Quijano Agüero y otros versus Marcel Laporte» encontramos un ejemplo de esa proyección de la autonomía de la cláusula compromisoria a los fines del Derecho internacional privado⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*, op. cit. págs. 29-30.

⁶⁵⁶ BALLADORE PALLIERI, G., *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, en Recueil des Cours, t.51 (1935), p.353, y los demás autores citados por GONZÁLEZ CAMPOS, J., en *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*... op. cit. pág. 29.

⁶⁵⁷ Por ejemplo en Artículo 6 adoptada por el IDI en su sesión de Amsterdam en 1957, *Annuaire IDI*, t. 47-II, 1957, pág. 482; y en la sesión de Neuchâtel de 1959, *Annuaire IDI*, t. 48-II, 1959, pág. 374.

⁶⁵⁸ Las partes celebraron un contrato en Bilbao, en forma no solemne, por el que el industrial francés concedía a otros empresarios de nacionalidad española licencia para la explotación por estos en España de un concreto procedimiento industrial, obligándose a aportar a la parte española asistencia técnica y comercial. En contraprestación la parte española pagaría el 30% del importe de sus ventas. En el contrato figuraba una cláusula de sumisión a arbitraje conforme al modelo de la Cámara de Comercio Internacional ante la Corte de Arbitraje de esa institución. Al denunciarse el contrato por la parte española, el señor Marcel Laporte insta el arbitraje ante este órgano, desarrollándose en el mismo con la inasistencia de la parte española. Al solicitarse el exequátur del laudo arbitral ante la jurisdicción francesa, los empresarios españoles alegan en su oposición que «la sentencia es nula, por haberse dictado sin previo compromiso; pues según ellos la ley española, aplicable al contrato, regía los efectos de la cláusula compromisoria». El Tribunal de Apelación de París rechaza esa alegación afirmando: «*Les premiers juges ont exactement décidé qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire selon les conceptions françaises présente une complète autonomie juridique par rapport au contrat dans lequel il figure et que son exécution n'obéit donc pas nécessairement à la loi qui régit celui-ci*». Se parte de la jurisprudencia sentada en el caso GOSSET arriba citado, pero la autonomía de la cláusula arbitral se concreta en una conexión autónoma; de forma que si bien el contrato se considera sometido a la ley española, es la ley francesa la que rige la relación de arbitraje, y termina diciendo el Tribunal: «*En l'espèce, les parties se sont référés expressément dans la clause compromissoire au règlement de la Chambre de Commerce Internationale; qu'il s'en suit que les dispositions de la loi espagnole du 22 décembre 1953 étaient inapplicables en l'espèce et que l'organisation de l'arbitrage telle qu'elle a été effectuée par la Chambre conformément à son règlement est valable aux yeux de la France*». Vide GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el*

En la doctrina española de la época, tanto del Derecho Procesal como del Internacional, faltó la consideración de la autonomía de la cláusula arbitral; más aún, la línea doctrinal patria era contraria a la francesa arriba citada. Aunque un sector doctrinal trató este asunto acudiendo a la autonomía de la voluntad de las partes, y por ello las sentencias arbitrables extranjeras serían ejecutables en España como si fueran resultado de un contrato, la mayoría tenía una concepción negativa, pues entendía que solo cabía la ejecución en España de aquellas decisiones arbitrales extranjeras que reuniesen los requisitos solemnes de nuestras leyes. El recurso al arbitraje privado internacional quedaba sometido a la acción del orden público español, con la consecuencia de privar a las partes de toda eficacia sobre su voluntad de designar la ley rectora del arbitraje⁶⁵⁹.

En relación con esa línea doctrinal española, se deben destacar dos puntos. «De una parte, que se apoya en una errónea interpretación de la jurisprudencia española, sin que se realice una valoración de conjunto de la misma; y, complementariamente, en el hecho de que se considere al arbitraje como un modo de arreglo “excepcional” respecto de la intervención de la jurisdicción ordinaria. Cabría decir que el elemento “jurisdiccional” condiciona de forma absoluta el aspecto “conflictivo”, quedando este absorbido por el primero. En segundo término, que estos autores aceptan sin repugnancia un radical dualismo de soluciones en el “régimen común” y en el “régimen especial” del arbitraje; esto es, que si bien se defiende la intervención de la ley española, a título de “orden público” en el primer caso, se admiten soluciones muy distintas en el marco del sistema ginebrino de arbitraje»⁶⁶⁰.

Pasarán unos años para que la doctrina española se oriente a favorecer la ley de autonomía en materia de convenio arbitral, así como una más reducida intervención del «orden público español». Pero no desaparece totalmente el planteamiento negativo de la doctrina anterior; en algunos autores la inicial admisión de la ley de la autonomía se combina con una intervención invasora de la ley española, a título de «orden público».

Derecho Internacional Privado Español... op. cit. pág. 31; texto en la R. De l'arbitrage (1973) págs. 158 y ss. y notas de Ph. FOUCHARD.

⁶⁵⁹ Para una historia de la doctrina sobre la autonomía conflictual del contrato arbitral en la época pasada vide por GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 32 y los autores por él citados: OLIVARES BIEC, V. *Tratado en forma de código del Derecho internacional en sus relaciones con el civil, mercantil, penal y de procedimientos*, Madrid, 1986. DE LASALA LLANAS, Manuel, *Sistema Español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933. DE ORÚE Y ARREGUI, José Ramón, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed. Madrid, 1952. TRIAS DE BES, José María, *Derecho internacional privado. Sistema de Derecho español positivo*. 2ª ed. Barcelona, 1940 y otros.

⁶⁶⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 33.

Dos procesalistas como PRIETO CASTRO y JAIME GUASP⁶⁶¹, reclaman un planteamiento del tema en términos de Derecho internacional privado para el régimen del convenio arbitral, manteniendo que este se regía por la ley de la autonomía.

MIAJA DE LA MUELA⁶⁶² ya admitió, como los anteriores, la ley de la autonomía en materia de convenio arbitral, pero con un matiz, pues en materia de «forma» del convenio arbitral, se requeriría la forma solemne para la validez del compromiso por exigencias de la ley de arbitraje de 1953, y la arbitrabilidad del litigio se determinaría, en todo caso, por la ley española⁶⁶³. Para este autor, la cláusula arbitral debía regirse *normalmente* por la ley que regulara el contrato al que está incorporado, y para el caso de que la ley que rigiera el contrato fuera extranjera, para que pudiese ser eficaz en España, la cláusula compromisoria debía de reunir los mismo requisitos que el contrato de compromiso. Al final se llegó al mismo fin que la doctrina anterior, pues aunque se partía de la inicial admisión de la autonomía de la cláusula compromisoria, el contenido de la ley extranjera, eventualmente aplicable, quedó mediatizado por la acción de la ley española, pues los preceptos de la ley de arbitraje de 1953 se impusieron como necesarios, produciendo determinadas consecuencias obstructivas en el plano internacional. En el mismo sentido lo dice MURO DE LA VEGA⁶⁶⁴.

Así pues, podemos sacar dos conclusiones en torno a la doctrina española en la época (anterior y posterior) de la ley de arbitraje de 1953:

- 1) Que aparecía dominada, en su mayoría, por una consideración de los preceptos de nuestra legislación como de orden público.

⁶⁶¹ PRIETO CASTRO, L. *El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas*, en R.G.L.J. (1943) pág. 478. GUASP, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, págs. 44-45 y 61-63; este autor plantea que la LA de 1953 establece un mecanismo rigurosamente formal, que sus preceptos son de orden público internacional, y constituye un *prius* en términos de Derecho Internacional privado. Y otros, vide GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 34.

⁶⁶² MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, II, 6ª ed., Madrid, 1974, págs. 480-483. Este autor tiene una concepción territorialista del procedimiento arbitral que se manifiesta en el carácter imperativo de la ley de 1953 que se extiende al orden internacional.

⁶⁶³ Nótese que al desaparecer este requisito de forma solemne en la actual LA 60/2003, el principio de autonomía conflictual del convenio arbitral sale reforzado.

⁶⁶⁴ MURO DE LA VEGA, Modesto, *La clause compromissoire en Droit espagnol*, en la R. De l'arbitrage (1961), págs. 227 y ss.

- 2) Que esa conclusión fue debida al olvido de que la cláusula compromisoria es autónoma respecto del contrato principal, a los fines del Derecho internacional privado⁶⁶⁵.

En torno a los años setenta, la doctrina anterior es contraria a ese planteamiento en materia de arbitraje en el campo del Derecho internacional privado. En el Derecho convencional internacional se consagra, desde el Convenio de Nueva York de 1958, una amplia autonomía de las partes para someter el convenio de arbitraje a una ley propia. El contenido del artículo V, apartado 1, a) del referido Convenio ha sido recogido, asimismo, en los artículos VI, apartado 2, a) y IX, apartado 1, a) del Convenio europeo de 1961. Junto con esto, la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de establecer una conexión independiente, se justifica por una calificación previa del convenio arbitral, en orden a la función que este cumple en las relaciones entre las partes. Ello se reflejará en el artículo 6 de la Resolución adoptada por el I.D.I. sobre arbitraje privado internacional, en la que se subraya la independencia del convenio arbitral en relación con el litigio disponiéndose que las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están necesariamente sometidas a la misma ley aplicable a la relación litigiosa del contrato principal.

⁶⁶⁵ Para MIAJA DE LA MUELA, A. en *Derecho internacional privado...* op. cit. págs. 479 a 483, «la cláusula compromisoria debe regirse *normalmente* por la ley que regula el contrato principal». Si el contrato principal se regía por el Derecho español, la validez y eficacia de la cláusula compromisoria se debía regir por este, esto es, por la ley de arbitraje de 1953. Pero si el contrato base en el cual está inserta la cláusula arbitral se regía por la ley extranjera, lógicamente sería el sistema jurídico extranjero en materia de arbitraje el aplicable a la validez y efectos de la cláusula compromisoria. Sin embargo, este autor no aceptaba esta conclusión, pues afirmaba que para la eficacia de la cláusula en España esta debería reunir los mismos requisitos que el contrato de compromiso; lo cual significaba que se condicionaba el régimen del convenio arbitral previsto en el sistema extranjero por las disposiciones del derecho español. Un resquicio dio este autor cuando afirmaba que «normalmente» sería la misma ley aplicable al contrato principal y a la cláusula de sumisión al arbitraje, pero no dijo en qué casos se podía escindir el contrato y adoptar una ley distinta para la cláusula compromisoria; quizá se estuviese refiriendo al reglamento de una institución arbitral, como nos referimos al de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en la Sentencia del Tribunal de París de 25 de enero de 1972, antes citada. Lo cual no fue así, pues este autor acabó afirmando: «El examen comparativo de tal ley (la española de 1953) y del reglamento (de la C.C.I.)... demuestra (como ha observado MURO DE LA VEGA) que la cláusula C.C.I. no será válida en un contrato regido por el Derecho español». En efecto, MURO DE LA VEGA, en *La clause compromissoire en Droit espagnol...* op. cit. págs. 233 y ss. y 321 y ss., parte de la idea de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia de contratación internacional, la cual consideraba soberana para determinar la ley que regiría el contrato en el que se insertaría una cláusula de sumisión al arbitraje. Si las partes designaron una ley extranjera como aplicable al contrato internacional, se estimaba que dicho ordenamiento regiría también la validez y efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje. Pero en el caso de un contrato regido por el Derecho español conteniendo una cláusula de sumisión al arbitraje conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, este autor procedió a un estudio comparativo entre el articulado de este reglamento y el de la LA de 1953, y estimó que ese examen revelaba «diferencias sustanciales o si se quiere, las contradicciones existentes entre los dos textos», y concluyó que la «cláusula de la C.C.I. no es compatible con la ley española» y por ello, «no era válida en un contrato regido por el Derecho español». Para este autor la validez de la cláusula arbitral solo era posible, por tanto, sometiendo el contrato principal «a un derecho extranjero compatible con dicha cláusula». Pensamos que este autor solo podía llegar a esta conclusión con el *prejuicio* de negar la autonomía de la cláusula compromisoria, para establecer una conexión independiente.

La posición que en su día mantuvieron MIAJA DE LA MUELA y MURO DE LA VEGA ahora no es compartida, pues en el supuesto de una cláusula de sumisión al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, incluida en un contrato regido por el Derecho español, resultará ya superfluo llevar a cabo un examen comparativo entre el Reglamento de la C.C.I. y el articulado de la ley española de arbitraje. El método adecuado será preguntarse si las partes quisieron, mediante ese convenio arbitral, someter este a un sistema jurídico distinto del aplicable al contrato principal; sistema que sería el competente para juzgar la validez y eficacia de la cláusula compromisoria⁶⁶⁶.

Por último, siguiendo la evolución de la doctrina anterior (y dentro de la LA de 1953), la ley del lugar en donde se realiza el arbitraje, opera en cuanto conexión autónoma para el convenio arbitral, en defecto de designación expresa por las partes. En el Derecho convencional internacional, ese resultado es admitido en el Convenio de Nueva York de 1958 y en el Convenio Europeo de 1961. En ambos la regla básica es la autonomía de la voluntad de las partes, pero si no hay designación expresa se estará a la ley del país en el cual se ha dictado la sentencia arbitral o esta debe dictarse, en conformidad con la cláusula compromisoria⁶⁶⁷. En la práctica, esta conexión subsidiaria posee ventajas, en el caso del arbitraje institucional, pues el lugar en donde se desarrolla el arbitraje no es fortuito sino conocido por las partes, al establecer la cláusula compromisoria con el contrato y expresa la voluntad de que la ley aplicable en dicho lugar rija el arbitraje, en defecto del contenido normativo del reglamento arbitral de esa institución permanente⁶⁶⁸.

«Así pues la autonomía del convenio arbitral, tanto *sustantiva*, como a los fines del Derecho internacional privado [*conflictual*], es un elemento esencial para el desarrollo del arbitraje comercial internacional»⁶⁶⁹. La posición negativa que en el Derecho español se

⁶⁶⁶ GOLDMAN, B. *Arbitrage (Droit international privé) en Repertoire de Droit International*, I, pág. 121 «La referencia expresa al reglamento de una institución internacional de arbitraje confiere a dicho reglamento el carácter de fuente de derecho para regir el convenio arbitral y la eventual aplicación de una ley estatal opera, para colmar las lagunas del reglamento». Es decir, «En el caso de un contrato regido por el Derecho español se estima que las partes, en lo que concierne a la cláusula compromisoria de arbitraje por la C.C.I. han operado una conexión autónoma para esta, conexión que se refuerza por el dato de que el reglamento del organismo arbitral se estima incluido en dicha cláusula» (GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 38).

⁶⁶⁷ FOUCHARD, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pág. 65, «*La compétence de la loi désignée par les parties pour régir la convention arbitral peut donc, de nos jours, être considérée comme un principe général de droit international privé*».

⁶⁶⁸ A juicio de GONZÁLEZ CAMPOS, J. *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 39, «La referencia a la ley del lugar donde debe dictarse la sentencia arbitral no entraña un índice de carácter territorial sino la admisión de una implícita referencia por las partes, al designar una institución permanente o el Estado en que debe desarrollarse el arbitraje».

⁶⁶⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 39

sustentaba en la época anterior era debida a la actitud de nuestro Tribunal Supremo en trámite de exequátur de decisiones arbitrales extranjeras; y esa actitud se basaba en no plantear la ley aplicable al convenio arbitral como una cuestión propia del Derecho internacional privado y en la desorbitada extensión de la ley de arbitraje de 1953, considerada de «orden público». A finales de los años sesenta nuestro Tribunal Supremo comienza una apertura positiva a la aplicabilidad de normas de Derecho internacional privado en materia de arbitraje comercial⁶⁷⁰.

En los años setenta la doctrina⁶⁷¹ comienza a reclamar esa doble autonomía del convenio arbitral: en su dimensión *sustantiva*, por la que la autonomía del convenio arbitral debía ser establecida mediante una norma material especial, en los términos del artículo 18, párrafo 1 de la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966, esto es, determinándose que la nulidad del contrato no entraña, necesariamente, la nulidad del convenio arbitral en él incluida o conexas con esa relación de base. Junto a ella se reclamaba que se estableciese una autonomía (conflictual) del convenio arbitral, a los fines de su reglamentación, de conformidad con el sistema de Derecho internacional privado; una norma que fuese similar a la del artículo 6 de la Resolución adoptada por el I.D.I. en esta materia en el año 1957, que determinaba que las condiciones de validez así como los efectos del convenio arbitral no quedan sometidos, necesariamente, a la Ley que rige el contrato en donde se halla inserto o al que se refiere. Ello entrañaría la determinación por el Juez español, en cada supuesto, de la ley aplicable al convenio de arbitraje, con independencia de la ley que se estime que regula el contrato. Junto a ello la doctrina alertaba que se tuviese en cuenta que, conforme al artículo 10.5 del CC., la ley aplicable al convenio de arbitraje es aquella a la que las partes se han sometido expresamente, tenga o no conexión directa con el contrato principal y, en defecto de tal sumisión expresa, sería aplicable la ley del lugar en que deba dictarse la decisión arbitral. Decisión esta que la doctrina consideraba conforme con el sistema español de Derecho internacional privado y con el Derecho convencional internacional, tanto del Convenio de Nueva York de 1958, como del Convenio europeo de 1961 (Convención de Ginebra). Teniendo en cuenta que la frase final del art. 10.5 CC. que limita la autonomía de las

⁶⁷⁰ Vide Auto TS 17 de mayo de 1966, donde afirmó: «El sistema jurídico nacional aplicable para la realización del arbitraje es la ley británica, elegida por las partes contratantes mediante la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fletamento».

⁶⁷¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 41.

partes «siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate», se suprime en los textos convencionales porque el convenio arbitral en el arbitraje privado internacional posee una función propia distinta del contrato en que aparece inserta. Por último, terminaba solicitando la doctrina que en la futura regulación arbitral un precepto «redactado en términos similares a los del artículo 2, párrafo 2º de la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966, de conformidad con el cual se admite que si las partes se han referido en el convenio de arbitraje al reglamento de una institución arbitral, las disposiciones de este reglamento se entenderán incluidas en el convenio de sumisión al arbitraje»⁶⁷², (idea esta que pasará a la LA del año 2003).

Los artículos del Derecho convencional arriba citados que plasman la autonomía del convenio arbitral en el Derecho internacional privado y que ya son incorporados al derecho interno español dicen:

- Artículo V.1.a del Convenio de Nueva York, versión de 1977⁶⁷³:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte, contra la cual es invocada si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) [...] que dicho acuerdo [arbitral] no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido [...].

- Artículo VI.2 de la Convención de Ginebra⁶⁷⁴:

Competencia de los tribunales judiciales estatales:

2. Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a estas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán:

- a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral.

- Artículo IX.1.a) de la misma Convención dice:

Declaración como nula de la sentencia arbitral.

⁶⁷² GONZÁLEZ CAMPOS, J. *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español...* op. cit. pág. 42.

⁶⁷³ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Instrumento de adhesión de España de 29 de abril de 1977 (BOE 11 de julio de 1977).

⁶⁷⁴ Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, firmado por España el 14 de diciembre de 1961, instrumento de ratificación de 5 de mayo de 1975 (BOE 4 de octubre de 1975).

1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, solo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones:
 - b) [...] dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes [...].

En ese sentido el Instituto de Derecho Internacional en el artículo 6 de su resolución de 1959 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales declara a los efectos de la autonomía del convenio arbitral que este debe distinguirse y catalogarse así en un contrato⁶⁷⁵:

Las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están necesariamente sometidas a la misma ley que se aplica a la relación litigiosa.

Se rigen por la legislación vigente en el país de la sede del tribunal arbitral, sin que sea necesario distinguir si la cláusula compromisoria sea o no una parte integrante del contrato que dio lugar a una controversia.

La aplicación de los preceptos anteriores significaría que, en un contrato regido por el Derecho Español, sería totalmente válida la sumisión de un convenio arbitral al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de Paris, en contra de lo mantenido hasta entonces por la doctrina arriba citada.

La llegada de Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, cambió el panorama. Como en su momento dijo el Profesor MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁶⁷⁶, la nueva ley no contempló «expresamente el tema de la autonomía conflictual de la cláusula (compromisoria), quizás porque, como ya se ha dicho, el Derecho convencional propiciaba (propicia) dicha autonomía». Pero, seguía afirmando el profesor, esta autonomía no estaba expresamente prohibida por la Ley de Arbitraje de 1988, y, además, esa conclusión se podía inferir de la conjunción del artículo 61 de la citada ley que es lo

⁶⁷⁵ *Le Institut de Droit International Session à Neuchâtel du 11 de septembre 1959 sur la "Reconnaissance et exécution internationales des sentences arbitrales", Annexe "L'arbitrage en droit international privé" lettre C. "Indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au litige". Article 6: Les conditions de validité du compromis et de la clause compromissoire ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle appliquée au rapport litigieux. Elles sont régies par la loi en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la clause compromissoire fasse ou non partie intégrante du contrat donnant lieu à un litige.*

⁶⁷⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 151.

que indica la ley aplicable a la validez del contrato arbitral, y por el artículo 10.5 del CC., (que fija el derecho aplicable a los contratos internacionales)⁶⁷⁷.

2. La autonomía conflictual en la Ley de Arbitraje de 1988.

El art. 61 de la Ley de Arbitraje de 1988 se expresaba en los siguientes términos:

La validez del convenio arbitral y sus efectos *se rigen por* la Ley expresamente designada por las partes, *siempre* que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, por la Ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de esta, por la Ley del lugar en el que deba dictarse el laudo y, si este no estuviese determinado, por la Ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

Por tanto, observamos el interés del legislador «por condicionar cualquier decisión en materia de Derecho internacional privado en temas de arbitraje al hecho de que tuviese alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia»⁶⁷⁸ en este sentido, cabe precisar que «la pluma redactora del Título X LA de 1988 se remitía también al Título preliminar del Código Civil, donde no puede olvidarse que su art. 10, párrafo 5º indica sin el más mínimo rubor que “se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”»⁶⁷⁹.

«La exigencia de conexiones con determinados ordenamientos jurídicos a fin de dar operatividad a la autonomía de la voluntad» acababa remitiendo a las partes a una ley local no elegida por estas⁶⁸⁰.

Todavía persistía en algún sector doctrinal la negativa a admitir la autonomía conflictual del convenio arbitral. Así, ya hace años, el Profesor DE CASTRO Y BRAVO advirtió sobre los peligros de la llamada «fuga del derecho en virtud del arbitraje», ya que era concebida como «la articulación instrumentalista en el mundo del Derecho

⁶⁷⁷ El artículo 61 de la Ley de Arbitraje de 1988 decía: «La validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la Ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia...». Por su parte el artículo 10.5 del CC. dice: «Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate».

⁶⁷⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 299.

⁶⁷⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 299.

⁶⁸⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 194.

internacional económico de los grandes intereses en perjuicio de los más débiles»⁶⁸¹
fundamentada en los intereses del comercio internacional:

En efecto, el ámbito reservado al ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto al Derecho aplicable al convenio arbitral es justificadamente amplio en el arbitraje comercial internacional. Precisamente por ser el arbitraje un método de resolución neutral, el derecho elegido por las partes suele ser también neutral. Y por otro lado, la mayoría de los litigios presentan índices tan elevados de internacionalización que las normas de conflicto clásicas (como las contenidas en el Título X de la derogada LA 1988) se revelan de difícil aplicación⁶⁸².

Ahora bien, la regulación contenida en el art. 61 de la Ley de 1988⁶⁸³ quedaba sin eficacia virtual, habida cuenta que España había suscrito tratados internacionales en materia de arbitraje; pues conforme al art. 96.1 de la Constitución: «Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas,

⁶⁸¹ MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentario...* op. cit. p. 299, nota (56), siguiendo al profesor DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»*, ADC, 1979, nº.32, pág. 619.

⁶⁸² GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 193.

⁶⁸³ Véase el avance aperturista de la jurisprudencia en la siguiente sentencia AP Barcelona 6 noviembre 2000 Recurso 98/1999 Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, Repertorio ROJ 13153/2000: «TERCERO: Nos hallamos ante un arbitraje internacional. Así resulta tanto de la aplicación del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (artículo I a); como de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional el 21 de junio de 1985 (artículo 1.3 a); como del Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo , sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Arbitraje Comercial Internacional: las partes, en el momento de estipular el convenio arbitral, tienen su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados (Italia, el Sr. Lorenzo , España, SECOPAL, SA). CUARTO: No se ha cuestionado en el recurso que la validez del convenio arbitral debe examinarse en el presente caso de acuerdo con la ley española, a la que se someten expresamente las partes en el contrato celebrado (clausula 28). El reconocimiento de la denominada autonomía conflictual del convenio arbitral aparece en el Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, en su artículo V.1 a, *in fine*, cuando prevé la denegación del exequátur del laudo extranjero si se prueba que el convenio arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido. El Convenio de Ginebra de 1961, en su artículo VI.2 establece que al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los Tribunales nacionales de los Estados contratantes, ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes atenerse a la ley que les sea aplicable a estas, y en lo concerniente a las restantes materias decidirán: a) según la ley a la que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral. En el título X de la Ley de arbitraje, dedicado a las normas de derecho internacional privado, su artículo 61 dice que la validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia. Establece a continuación, con carácter subsidiario, otros tres criterios de conexión. Dicho artículo, objeto de críticas doctrinales en la medida que no refleja enteramente el contenido de los Convenios antes citados, no plantea, sin embargo, en el caso que nos ocupa, ninguna dificultad añadida, ya que: es aplicable el principal de los criterios enunciados en la ley, la autonomía de la voluntad; y se dan en el caso de autos los requisitos, no exigidos en los Convenios y sí, expresamente, en la norma interna, de conexión de la ley española con el negocio jurídico principal y de designación expresa de la ley aplicable. Por lo que respecta a este último requisito (no cuestionado por los litigantes), de la lectura de las cláusulas 27 y 28 del contrato de agencia se concluye que, aun siendo posible una designación más precisa, no cabe duda de la voluntad inequívoca de las partes de regir el convenio arbitral por la ley española».

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

Por otra parte, y para que se viese el carácter autónomo del convenio arbitral, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (UNCITRAL, por su siglas en inglés), señala como posibles peligros, para «las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje “específico”»⁶⁸⁴, los siguientes:

- 1) *Disposiciones imperativas* de la Ley aplicable, que pueden hacer referencia a la capacidad de las partes para someter (eficazmente) las controversias futuras a arbitraje, a la facultad de nombrar 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»⁶⁸⁵.
- 2) *Disposiciones supletorias*, ya que «pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido»⁶⁸⁶.
- 3) *La falta de disposiciones supletorias*, ya que este hecho puede provocar 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».
- 4) *La diferente regulación del proceso arbitral en las leyes nacionales*, ya que «para la parte o partes en cuestión puede resultar costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje»⁶⁸⁷ lo que «puede afectar negativamente no solo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar del arbitraje»⁶⁸⁸.

Para evitar que las legislaciones nacionales pusiesen obstáculos a la voluntad de las partes a elegir la legislación aplicable a su arbitraje, negando la autonomía de este,

⁶⁸⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 194.

⁶⁸⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 194.

⁶⁸⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 194.

⁶⁸⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 194. «Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros y con los que no están familiarizados».

⁶⁸⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 194.

GARBERÍ LLOBREGAT⁶⁸⁹ (entre otros) propuso como solución la progresiva adopción por los diferentes Estados de la Ley Modelo de la UNCITRAL, en base a las siguientes características:

- Es fácilmente reconocible.
- Responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional.
- Proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para partes de Estados y ordenamientos jurídicos diferentes.

Añadiendo que dicha homogenización del Derecho arbitral «aumentaría las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales»⁶⁹⁰.

En este contexto, llega la vigente LA, 60/2003, de 23 de diciembre.

3. La autonomía conflictual en la Ley de Arbitraje de 2003

Así, en términos generales, el art. 3 de la LA establece:

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Que, en el momento de 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 este, 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 esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
 - c. Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.
2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

De lo que se deduce:

⁶⁸⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 194.

⁶⁹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 194 in fine-195.

Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

Siendo este el tenor del art. 9.6 de la LA, más respetuoso con la voluntad de las partes y la ley aplicable al fondo del convenio arbitral que el derogado artículo 61 de la LA de 1988.

El apartado 6 y último del art. 9 LA reitera el principio de autonomía que se reconoce a los particulares para que estos puedan elegir la ley aplicable, cuando el arbitraje sea internacional. Como menciona PRATS ALBENTOSA⁶⁹¹, «La validez del convenio, así como la “arbitrabilidad” del conflicto, resultará del cumplimiento por las partes de los requisitos establecidos por la ley elegida y, por tanto, su validez será examinada a la luz de la misma, así como de lo dispuesto en la misma sobre la admisibilidad del arbitraje como medio de resolución del litigio. Desde luego, en el caso en el que haya sido elegida la ley española, esta será a la que deberán atenerse, y a la luz de la cual deberá examinarse su validez y la arbitrabilidad del litigio. No obstante, y en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al convenio arbitral, se dispone que estas cuestiones serán resueltas de acuerdo con lo dispuesto por la ley aplicable al fondo del litigio». En este sentido se refirió la sentencia del TSJM de 13 de marzo de 2012⁶⁹².

⁶⁹¹ PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,... op. cit. pág. 254.

⁶⁹² La STSJ de Madrid de 13.03.2012, recurso 2/2011 (Repertorio TOL.2.514.062) conoció del juicio por el que la empresa demandante Diques y Astilleros Nacionales C.A. (DIANCA) de Venezuela contra la empresa demandada, Raytheon Anschutz GmbH, RAYTHEON, sobre desavenencias en un contrato de reparación de submarinos, solicitando nulidad del laudo arbitral preliminar sobre cuestiones de jurisdicción previas a abordar cuestiones de fondo de fecha 11.04.2011, emitido por tres árbitros designados por la Corte Internacional de Madrid de la Cámara de Comercio Internacional. El Tribunal arbitral se declaró competente para conocer sobre la controversia conforme al art. 34 del contrato de ambas empresas de fecha 10.02.2004 que decía: «El presente contrato será regido por las leyes venezolanas. Todas las desavenencias, dudas y controversias que puedan suscitarse en su ejecución y que no llegasen a ser resueltas amigablemente por las partes que deriven de este contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres árbitros nombrados conforme a este Reglamento». La demandante solicitó la invalidez del laudo arbitral, conforme a los cuatro motivos del art. 41.1 LA, por entender que se habían vulnerado normas imperativas de derecho venezolano, que requerían que para la validez del acuerdo hacían falta autorizaciones ministeriales venezolanas conforme a la ley de arbitraje de Venezuela. El Tribunal desestimó el motivo de nulidad, pues, en un arbitraje internacional como este, aplicando el art. 9.6 LA que establece un triple fuero, la parte demandante eligió el derecho español, presentó la demanda en España y ejercitó su pretensión de nulidad conforme a la LA 60/2003.

Y aunque las partes establecieron en el pacto del referido art. 34 de su contrato: «el derecho aplicable es el venezolano», el TSJ declaró que ese pacto debe tenerse en cuenta cuando se decida el fondo del asunto pero ese pacto «no impide en absoluto que en esta fase en que la decisión gira alrededor no del fondo del contrato, sino de la validez o nulidad de la cláusula arbitral, hay que regir la propia norma de derecho español que ha esgrimido la parte actora». Por lo que se rechazó el motivo de nulidad.

Por tanto, los criterios sucesivos adoptados por el art. 9.6 son los siguientes:

1. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes; ya que el art. 9.6 «declara válido el convenio arbitral que cumpla los requisitos establecidos en las normas jurídicas elegidas por las partes. A este método de elección por las partes de la ley aplicable se refieren las principales convenciones sobre arbitraje. El art. V.1.a) de la Convención de Nueva York establece que el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser denegado si el convenio arbitral “no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. En términos similares se expresa el art. IX.1.a) de la Convención de Ginebra de 1961»⁶⁹³.
2. Las normas jurídicas que las partes hubiesen elegido para decidir el fondo de la controversia. «Sigue este criterio la línea de la autonomía de la voluntad de las partes en el sentido de que si estas han elegido unas normas respecto al fondo, se presupone que la voluntad más cercana en relación con la normativa aplicable al convenio arbitral coincide con las normas por las partes elegidas para regir el fondo del asunto»⁶⁹⁴.
3. Remisión al Derecho sustantivo español para la determinación de la validez del convenio arbitral⁶⁹⁵.

En consecuencia, «como queda reflejado en la Exposición de Motivos de la LA, el legislador español elige en lo que respecta a la ley aplicable al convenio “una solución inspirada en el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral”. Para ello, el art. 9.6 LA introduce una norma de conflicto que utiliza “conexiones cumulativas en cascada” con el objetivo de que los supuestos de validez del convenio sean los más numerosos posibles»⁶⁹⁶.

⁶⁹³ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 302.

⁶⁹⁴ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 302.

⁶⁹⁵ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 303.

⁶⁹⁶ MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentario...* op. cit. pág. 301; nota (59) siguiendo a ARTUCH IRIBERRI Elena. págs.146-147. Que además hace notar que es la primera vez que el legislador español en una ley de arbitraje recoge la definición de arbitraje internacional (cf. art. 3 LA) y recoge tres supuestos en los cuales el arbitraje tendrá carácter internacional:

a) Cuando al celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

Ahora bien, dicho esto, debemos indicar que esta regulación debe completarse con el Convenio de Bruselas de 22 de diciembre de 2000, Reglamento 44/2001, del Consejo (relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil); ya que, para la validez del arbitraje, exige que deberá celebrarse o confirmarse en alguna de las formas expresamente reguladas por el mismo (siendo la forma, por tanto, un elemento esencial del arbitraje); a saber:⁶⁹⁷

- a) «En alguna de las formas previstas en nuestro propio artículo 9, apartados 3 y 4».
- b) «En una forma que se ajuste a los hábitos o usos establecidos entre las partes».
- c) Pero si el arbitraje es internacional y además comercial, el art. 23.1.c) del referido Convenio de Bruselas exige que el convenio asuma su forma «conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado»⁶⁹⁸.

Finalmente, debemos indicar que la actual LA ha supuesto respecto de la legislación anterior los siguientes avances:

- a. «Adaptación del régimen español en materia de arbitraje a la situación y exigencias del tráfico jurídico actual»⁶⁹⁹, ya que permite a las partes elegir libremente las normas aplicables al convenio arbitral, además de que permite a las partes elegir a España como sede del arbitraje.

«Siguiendo el criterio establecido en el art. V.1 a) *in fine* del convenio de Nueva York, la preferencia por la autonomía de la voluntad no encuentra otro límite que la determinación de un ordenamiento jurídico concreto (normas jurídicas elegidas por las partes) sin que sea válida una regulación

b) Cuando el lugar del arbitraje, o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones, o el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha esté situado fuera del Estado en el que las partes tengan sus domicilios.

c) Cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

⁶⁹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 193 infra, nota 42.

⁶⁹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 193 infra, nota 42.

⁶⁹⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 300.

directamente creada por la voluntad de las partes sin sumisión a una ley material estatal»⁷⁰⁰.

- b. Consecuencia lógica de la adopción, como régimen legal supletorio de primer grado, de la norma elegida por las partes para decidir sobre el fondo de la controversia se cumple un doble objetivo: «se crea una conexión de cierre necesaria, ya que en la práctica pocas son las veces en que las partes hacen uso de la posibilidad de elegir la ley aplicable, y se respeta la autonomía de la voluntad de las partes, ya que ha de presumirse que la elección de una normativa para ser aplicada al fondo de la controversia es la opción más cercana a la voluntad de las partes»⁷⁰¹.
- c. Esto queda reforzado por el hecho de figurar como régimen supletorio legal de segundo grado el Derecho español, que es poco restrictivo con los requisitos del convenio arbitral y conciso en cuanto a la determinación del ámbito de la arbitrabilidad⁷⁰².

Veamos ahora una aplicación de la autonomía conflictual en torno al art. 34 LA 60/2003; el precepto dice:

Art. 34. Normas aplicables al fondo de la controversia

1. Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

⁷⁰⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 195. «La redacción actual del art. 9.6... incentiva la sumisión a arbitraje en el ámbito internacional y la elección de España como sede del arbitraje porque permite a las partes eliminar las anteriores inseguridades eligiendo libremente las normas aplicables al convenio arbitral».

⁷⁰¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 195.

⁷⁰² GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 195. «Por otra parte, la elección de las normas jurídicas aplicables ha de ser expresa, pero no requiere una cláusula específica, pudiendo mostrarse la voluntad de las partes mediante la designación de un organismo arbitral nacional del que ya se sabe con antelación que aplica su propio derecho [art. 4.a) LA]» siguiendo a CALVO-CARAVACA, Alfonso Luis y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Luis. *El arbitraje comercial internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 75.

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

El precepto anterior encabeza el título VI de la LA, titulado «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones», arts. 34 al 39, y prevé este art. 34 LA qué normas son las que los árbitros han de aplicar a la resolución del fondo de la controversia. Estas normas aplicables al fondo de la controversia las ha diseñado el legislador español sobre una doble premisa:

1. En primer lugar, la voluntad de las partes como criterio inspirador de cuál ha de ser la normativa aplicable para la resolución de la cuestión controvertida sujeta a arbitraje.
2. En segundo lugar, una regla general subsidiaria, pues a falta de acuerdo expreso de las partes sobre el particular, la controversia será resuelta con arreglo a Derecho. Es decir, la resolución de la disputa acudiendo a la equidad solo puede producirse en aquellos casos en los que expresamente así se haya acordado.

Este título VI de la LA, como venimos diciendo, se ocupa del sistema de adopción de mayorías en la toma de decisiones y establece la prevalencia de la voluntad de las partes a la hora de fijar el número de árbitros que compondrán el tribunal arbitral; prevé y regula el supuesto en el que las partes, a pesar de que se encuentren dentro de un procedimiento arbitral, hayan alcanzado un acuerdo que haga innecesario la continuación del arbitraje; regula la forma y plazos bajo los que se tiene que dictar el laudo, y otros supuestos de terminación del procedimiento sin laudo.

Todo lo anterior, a los efectos que aquí nos interesan, imbuido del principio de la autonomía de la voluntad, pues las partes pueden decidir desde qué tipo de normativa es la aplicable a su conflicto hasta el número de árbitros que deberán resolverlo pasando, incluso, por la posibilidad de pactar un régimen para las votaciones de los árbitros diverso del de la mayorías.

Respecto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y al principio dispositivo que rige para la ordenación de las reglas del procedimiento, la Exposición de Motivos de la LA señala: «Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos

que si hubiere de resolver un Tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”». Por lo que, solo en aquellos casos en los que exista sumisión expresa a la equidad como criterio que ha de resolver las cuestiones controvertidas, esta no será de aplicación pues los arbitrajes se reputarán de derecho. Como señala BARONA VILAR⁷⁰³: «Esta apuesta no surge en abstracto sino precisamente como consecuencia de la influencia de la Ley Modelo⁷⁰⁴, que insuflaba de este carácter los arbitrajes internacionales⁷⁰⁵, a los que se pretendía atraer con la ley de 2003».

A los efectos que estamos estudiando aquí sobre la autonomía conflictual del convenio arbitral, veamos en este artículo 34 «cómo opera la voluntad de las partes a la hora de determinar y elegir cuál es la normativa que debe ser aplicada para la resolución de las controversias y ante que supuestos nos podemos encontrar; pues puede ocurrir que lo acordado remita a una normativa que cuente con normas imperativas o de orden público procesal con las que no case muy bien esa remisión o bien que la remisión solo sea al arbitraje y no a la normativa aplicable y a aquellos casos en los que son los árbitros los que tienen que suplir la voluntad de las partes y determinar ellos que normativa debe ser la aplicable»⁷⁰⁶.

Veamos ahora la normativa aplicable al fondo de la controversia en los arbitrajes de Derecho conforme a este art. 34 LA:

⁷⁰³ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 63/2003 de 23 de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011*, Edit. Thomson-Civitas, Pamplona, 2011, 2ª Edición, pág. 84.

⁷⁰⁴ Recordar aquí que esta es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Resolución 40/1972 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 11 de diciembre de 1985 y enmendada por Resolución 61/33 de 4 de diciembre de 2006.

⁷⁰⁵ El art. 3 LA regula la determinación del carácter internacional del arbitraje, que resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en España; se define por primera vez en nuestro ordenamiento, como en este trabajo ya hemos hecho notar, en qué casos un arbitraje es internacional. La determinación del carácter internacional del arbitraje copia los criterios de la Ley Modelo; y, además, la relación jurídica de la que dimana la controversia debe afectar a los intereses del comercio internacional. Como indica DE ALVARO MONTERO, Ángel, «comentario al art. 34» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coordinador Lorenzo Prats Albentosa), Edit. La Ley, Madrid, 2013, pág. 782 «Se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la Ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso».

⁷⁰⁶ DE ALVARO MONTERO, Á., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 782.

La voluntad de las partes determinará si los árbitros deben decidir en derecho o en equidad, pues el art. 34.1 LA dispone que «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

Por su parte el art. 14 LA que establece que:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
 - a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
 - b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.
2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia

Y, conforme resulta del art. 4.b de la LA, tales reglamentos integran el contenido del convenio arbitral, pues dice el art. 4 LA:

Cuando una disposición de esta ley:

- a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34.
- b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

Visto lo anterior, las partes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad, pueden optar por un:

1. Arbitraje *ad hoc*, esto es, concreto, para un caso determinado que las partes o los árbitros, o ambos conjuntamente, establezcan en función del deseo expreso de aquellos o de las particularidades del caso.
2. Arbitraje institucional, encomendado a una institución especializada, ya sea de carácter corporativo o profesional o de mayor espectro sectorial.

3. Arbitraje de equidad, que se refiere la resolución de la disputa a terceros que podrán hacerlo ex aequo et bona fide sin perjuicio de que dentro del llamado arbitraje institucional se resuelvan disputas en equidad cuando así lo dispongan expresamente los reglamentos de esas instituciones.

El citado art. 14 LA refuerza el arbitraje institucional, y establece que las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras así como a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. En el párrafo 2 de este artículo se establece que las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. En consecuencia, al haber designado las partes a un concreto Tribunal Arbitral que únicamente puede emitir arbitrajes de equidad conforme se determina en su propio reglamento, habrá que entender que se ha autorizado expresamente a emitir un arbitraje de equidad puesto que el contenido del reglamento integra el convenio arbitral y así se afirma en el citado art. 4 LA.

Así pues, son las partes quienes determinan (con sus acciones u omisiones) la norma aplicable al arbitraje. Si las partes se remiten a una institución arbitral en cuyos reglamentos se prevé que las controversias serán resueltas con arreglo a la equidad, ello hace que las partes han aceptado que se resuelva así. Por lo tanto, son las partes las que acuerdan y deciden que la controversia se resuelva con arreglo a Derecho, mediante la aplicación de las normas que elijan o a través de un arbitraje de equidad, conforme al leal saber y entender de los árbitros, en aquellos casos en los que las partes acuerden expresamente el sometimiento de la cuestión controvertida a un arbitraje de equidad.

Sin embargo, como hace notar DE ÁLVARO MONTERO⁷⁰⁷: «La ausencia de acuerdo ya sea simplemente porque las partes no han alcanzado una posición común sobre si la disputa debe ser resuelta en Derecho, o por equidad, o a la falta de acuerdo porque sencillamente no se ha planteado y se ha dejado vacía la referencia a la normativa aplicable, se les atribuyen efectos importantes. En esos casos, en los que no se ha indicado si es de derecho o de equidad, las disputas se resolverán con arreglo a derecho. A los efectos de determinar cuáles son las normas aplicables al fondo de la controversia y a su resolución por los árbitros debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que las partes han

⁷⁰⁷ DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 784.

debido acordar expresamente que la disputa o controversia que mantienen sea resuelta de manera heterocompositiva, a través del arbitraje». Así pues, si las partes en el convenio arbitral no han aclarado si el arbitraje ha de ser de Derecho o equidad, se entenderá siempre que es de Derecho. Las alternativas son:

- a) Las partes acuerdan el sometimiento a arbitraje y concretan la normativa; se trata de un arbitraje de derecho.
- b) Las partes acuerdan el sometimiento a arbitraje y no concretan si es de Derecho o no, ni tampoco las normas aplicables en su resolución; estamos también en presencia de un arbitraje de derecho.
- c) Las partes acuerdan el sometimiento a arbitraje y expresamente indican que la controversia sea resuelta en equidad; estamos en presencia de un arbitraje de equidad.

Teniendo en cuenta los anteriores tres escenarios, y sobre la autonomía del convenio arbitral, nos vamos a detener en cada uno de ellos:

a. Elección por las partes de la normativa aplicable

Las partes tienen libertad para determinar si quieren que sus posibles controversias se resuelvan ante un órgano judicial o mediante un arbitraje. Igualmente, las partes, en las materias que sean disponibles, tienen libertad para elegir las normas con las que quieran que se resuelva su controversia, si a su juicio es la que más se acerca a la misma. Pero puede ocurrir que cuando las partes eligen la normativa aplicable a su controversia (especialmente en los arbitrajes internacionales) desconozcan si esas normas elegidas para la resolución de la controversia puede estar afectada por el orden público del Estado cuyo Derecho ha sido elegido. Precisamente, es en los arbitrajes internacionales donde la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad de las partes puede chocar (e incluso inutilizar) el arbitraje, porque las normas aplicables del Estado elegido rechacen su aplicación a la concreta cuestión controvertida, o porque se entre en colisión con una norma imperativa de orden público del Estado cuyas normas han sido elegidas para aplicarlas al fondo de la controversia. DE ÁLVARO MONTERO⁷⁰⁸, en relación con estas normas que deben ser aplicadas por los árbitros al fondo de la controversia, se plantea:

⁷⁰⁸ DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 785.

«Qué tiene que hacer el árbitro o árbitros en esos casos y si la normativa aplicable en la resolución del fondo del asunto debe ser la que han elegido las partes a pesar de que la normativa aplicable sea contraria al orden público del Estado cuyas normas son las elegidas, o incluso en aquellos casos en los que se produzca una colisión con normas imperativas del estado referido. La respuesta no es pacífica. En lo que no puede haber margen para la duda es en que, en los arbitrajes de derecho, los árbitros tienen que realizar una especie de control o verificación de la aplicabilidad de la normativa elegida por las partes a la cuestión controvertida. Conviene precisar que este control al que aludimos no es el que prevé el art. 22 LA que regula la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia».

El control de la competencia al que se refiere este art. 22 LA se trata, como más arriba hemos expuesto, de un control que realizan los árbitros sobre cuestiones o excepciones que deben haber sido planteadas por las partes en el momento de la contestación a la demanda (no se trata de un control previo y de oficio de los propios árbitros sobre competencia objetiva y territorial).

Pero, de la misma manera que los jueces tienen que hacer un control previo sobre su competencia objetiva, territorial y funcional, antes de la admisión de la demanda, también los árbitros tienen que hacer ese examen previo. A este respecto, DE ÁLVARO MONTERO⁷⁰⁹ pone un ejemplo que aclara lo anterior:

Piénsese en una empresa española que en el marco de la contratación internacional suscribe un contrato de lo que sea con una empresa turca y ambas acuerdan expresamente que cualesquiera controversias que puedan surgir durante el desarrollo y ejecución de ese contrato se resolverán con arreglo a un arbitraje de derecho y que serán de aplicación al contrato las normas del Derecho de un estado tercero, por ejemplo, del Estado neutral por antonomasia, Suiza⁷¹⁰, y que además las controversias que puedan surgir se resolverán de acuerdo con la ley

⁷⁰⁹ DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,...op. cit. pág. 787-788.

⁷¹⁰ La normativa suiza es regularmente elegida por las partes porque Suiza no cuenta con impedimentos de orden público que impidan reconocer un laudo ni ejecutarlo ante sus Tribunales y está construida a favor absolutamente de arbitrabilidad de cualesquiera cuestiones y cuenta con la Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de derecho internacional privado que viene a señalar que cuando un arbitraje se desarrolle dentro del territorio de cualesquiera de sus cantones, esos procesos arbitrales se regirán por la ley suiza. Dispone, en lo que vendría a ser una traducción oficiosa, lo que sigue la Ley Suiza de Arbitrajes de Derecho Privado en su art. 176:

«I. *Ámbito de aplicación. Sede del tribunal arbitral:*

1. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los arbitrajes si la sede del tribunal arbitral está en Suiza y si, al momento de concluir el acuerdo de arbitraje, por lo menos una de las partes no tiene su domicilio o su residencia habitual en Suiza.
2. Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán cuando las partes hayan acordado por escrito que están excluidas y que las disposiciones cantonales sobre arbitraje se aplicarán exclusivamente.
3. La sede del tribunal arbitral será determinada por las partes, o la institución arbitral designada por estas, o, a falta de ambas, por los árbitros».

Normativa que, además, establece que el laudo arbitral que se adopte es válido si se ajusta a lo acordado por las partes en el contrato o al derecho aplicable al contrato y, en particular, al derecho suizo. Esto resulta de vital importancia para eludir cuestiones de orden público relativas al reconocimiento del laudo, puesto

que gobierna el contrato. Si la controversia se plantea y se llega a arbitraje, los árbitros deberán dilucidar primero si esa cuestión controvertida, nacida de un contrato internacional sujeto a un derecho que no se corresponde con el de ninguna de las partes y que tampoco tiene nada que ver con el lugar de ejecución del contrato y de cumplimiento de las obligaciones (esto es, entrega y pago), puede ser válidamente resuelta con arreglo a las normas sustantivas de ese tercer Estado dentro de un procedimiento arbitral. Dicho en otras palabras; deberán determinar si en la normativa aplicable existe alguna norma imperativa que precisamente impide que esa regulación sea tomada en consideración y tenida en cuenta para resolver una cuestión controvertida por tratarse de partes que no son, por ejemplo, nacionales de ese Estado cuya norma se aplica o porque ese Estado no tiene ninguna conexión con el contrato ni con la cuestión controvertida.

Lo anterior parece que pueda convertirse en un óbice procedimental, en aquellos casos en los que las cuestiones controvertidas deberán ser resueltas por los Juzgados y Tribunales, y (volviendo al ejemplo anterior), si el equivalente a la Ley Orgánica del Poder Judicial española en la Confederación Helvética no atribuye competencia a los Juzgados suizos en aquellos casos en los que los que se someten a sus Tribunales y a sus normas no son nacionales suizos, ni tienen residencia en ese país y además la ejecución del contrato, así como su cumplimiento, nada tiene que ver con Suiza. En esos casos, a pesar de la sumisión expresa de las partes, la cuestión no podrá ser juzgada por lo anteriormente expuesto. Aclarado lo anterior, nos tenemos que hacer la misma pregunta en el marco de un procedimiento arbitral. Esa cuestión de orden público procesal que impediría a los juzgados suizos conocer de esa controversia en el hipotético ejemplo que manejamos sería extrapolable a un procedimiento arbitral. La respuesta debe ser que no, siempre y cuando el reconocimiento y ejecución del eventual laudo arbitral deba realizarse en ese Estado⁷¹¹, siguiendo con el ejemplo anterior. Y en aquellos casos en los que el laudo que se dicte deba reconocerse y ejecutarse en su caso en un Estado en el que existen cuestiones de orden público procesal como las expuestas, nos encontraríamos ante el hecho de que los árbitros, en esa verificación previa, deberían haber advertido a las partes de la no idoneidad de la normativa elegida. Y en estos casos, lo que hay que hacer es diferenciar entre la *lex loci arbitri* y la *lex arbitri*.

que el derecho suizo permite su aplicación a arbitrajes de derecho privado internacionales, como se ha visto. El art. 178.2 de la referida ley suiza dispone:

«III. Acuerdo de arbitraje [...]

2. El acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta al derecho acordado por las partes, o al derecho aplicable al fondo de la controversia, en particular al contrato principal, o al derecho suizo.
3. La validez del acuerdo de arbitraje no puede ser impugnada sobre la base de que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido».

⁷¹¹ El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York de fecha 10 de junio de 1958 es muy claro al respecto y nos da la respuesta en su cláusula V apartado 2 que dispone: «También se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

En correlación con lo anterior, resulta que la elección de la normativa aplicable por las partes se convierte en *lex contractus* y debe ser respetada por los árbitros. Este es el mismo principio que se recoge en el art. 28 de la Ley Modelo CNUDMI⁷¹² cuando señala que el tribunal arbitral tendrá que resolver con arreglo a las normas elegidas por las partes.

Tenemos pues que las partes han identificado y elegido la normativa de un determinado Estado, que es la que les gusta y satisface mejor sus intereses o les convenga de cualquier manera; en aplicación del principio de la voluntad de las partes esa elección debe ser respetada, aunque el hecho de que la normativa aplicable cuente con cuestiones de orden público procesal que impidan el reconocimiento del laudo que se dicte, o su eventual ejecución con arreglo a las normas del Estado cuya normativa ha sido elegida, debe ser verificado y comprobado por los árbitros y puesto en conocimiento de las partes, pues bien podría ocurrir que, llegado el caso, si el laudo arbitral no se cumple voluntariamente, podría no ser ejecutable.

Ya delimitados los riesgos, resulta que ese riesgo es doble para el caso de que el laudo no se cumpla:

- Por una parte, porque las normas del Estado en cuestión impidiesen reconocer el valor del laudo arbitral; y
- Por otra parte, porque no se pudiese ejecutar en el Estado en cuestión a pesar de haberse reconocido el valor del laudo. Como arriba hemos dicho, en este caso la solución pasa por distinguir entre la ley del arbitraje y la ley del lugar del arbitraje, remitiendo la primera a una norma de un Estado que no plantee problemas de reconocimiento lo que facilitaría la ejecución de ese laudo en cualquier otro Estado tercero en el que el ejecutado tuviese intereses económicos.

El peligro puede llegar cuando las partes eligen la normativa de un determinado Estado como la que debe ser aplicada a la controversia que se plantea, y esas mismas partes conocen que con esa normativa se evita el contenido de alguna norma imperativa

⁷¹² La Ley Modelo UNICTRAL dice en su «Artículo 28. *Normas aplicables al fondo del litigio*»:

- 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

del Estado en el que deberá ejecutarse el laudo, en el caso de que no se cumplierse voluntariamente.

Siguiendo con los ejemplos del profesor DE ÁLVARO MONTERO⁷¹³, «piénsese en una controversia entre una empresa de un Estado europeo y otra de un Estado islámico que para poder cobrar intereses por las demoras en los pagos recurre a una normativa aplicable de un estado anglosajón cuando es conocido que la cuestión de los intereses y su pago es una cuestión imperativa en los estados islámicos y, por tanto, está vedado y prohibido. Si acudimos a Ley Modelo nos encontramos que el juego conjunto de los apartados 1 y 4 del art. 28 parecen no dejar lugar a dudas. Primero porque ese apartado 1) establece claramente que las normas elegidas por las partes serán las aplicables a la resolución de la controversia y después porque el apartado 4) contiene una cláusula residual que comienza diciendo que «en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». Y concluye el citado profesor:

«Lo anterior nos llevaría a sostener que los árbitros deben aplicar esas normas, las elegidas por las partes, incluso en aquellos casos en los que sean contrarias a normas imperativas del Estado en donde tiene que ejecutarse el laudo. En este punto, a pesar de la dicción del apartado 28.4 de la Ley Modelo y del art. 35.3 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI⁷¹⁴ esa aplicación estricta nos conduciría a consecuencias no deseadas. Por eso, volvemos a lo ya expuesto con anterioridad, los árbitros dentro de esa labor de verificación previa y en evitación de estos problemas, deberán comprobar, si existen cuestiones imperativas o de orden público procesal en los estados cuya normativa se ha elegido que pueden dificultar o impedir el reconocimiento del laudo o su ejecución, llegado el caso, proceder a la elección de otra normativa aplicable haciendo una interpretación integradora de lo que disponen los arts. 28.1 y 35.1 de la Ley Modelo y de su reglamento respectivamente y considerar que no se ha elegido normativa aplicable y proceder ellos a la elección de una nueva normativa aplicable».

Lo que está ocurriendo en la práctica es que las partes, para regular sus contratos y el convenio arbitral, y para salvar estas incertidumbres, es la elección, por las partes, de

⁷¹³ DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 789.

⁷¹⁴ Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (Versión Revisada en 2010): «Ley aplicable, amigable componedor. Artículo 35:

1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.
2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.
3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso».

cuerpos de normas que son globales y no pertenecen a ningún Estado, como, por ejemplo, los Principios Generales del Derecho UNIDROIT o la propia *lex mercatoria*, que hemos estudiado en el capítulo tercero *ut supra*, en lugar de la normativa de algunos Estados⁷¹⁵.

Para concluir, decir que la elección de la normativa aplicable en los arbitrajes internacionales podrá ser alterada, en pocos casos, por cuestiones de orden público que puedan afectar a la eficacia del laudo arbitral y a su posterior ejecutabilidad, y, solamente en esos casos, los árbitros podrán realizar una labor integradora de la capacidad de elección de la normativa aplicable por las partes. Y ello con la idea de que sería dar una herramienta eficaz que desnaturalizaría la institución del arbitraje el que alguna de las partes supiese al comenzar el arbitraje que, si el laudo no le sería favorable, no se le podría compeler a su cumplimiento, porque no va a poder ser ejecutado, pues ese laudo puede no ser reconocido porque lo impida alguna norma imperativa; como ya hemos estudiado que ocurría en nuestro país con la aplicación de la LA de 1953.

b. La falta de elección de normativa por parte de las partes

El segundo supuesto que arriba nos planteamos era el caso en que las partes acuerden expresamente someter sus controversias a arbitraje pero sin indicar si el arbitraje es de Derecho o no y, como consecuencia, tampoco se haya indicado cuál es la normativa aplicable a la resolución de la controversia. En estos casos, debemos distinguir entre arbitrajes que no son internacionales y los que sí lo son:

- En los arbitrajes internos, no suele haber dudas y la normativa aplicable será la española.
- En los arbitrajes internacionales, se plantean mayores dudas; aunque no cabe duda que la normativa aplicable será elegida por los árbitros.

No perdamos de vista que se trata de arbitrajes de derecho y, por eso, la elección de la normativa aplicable debe responder a un razonamiento jurídico; ello implica elegir una normativa aplicable que permita que el laudo arbitral que recaiga sea reconocible y que su ejecución se pueda ejecutar normalmente.

⁷¹⁵ Para un estudio más detallado vide GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, Edit. Civitas, 1996.

Sobre este asunto, el párrafo segundo del art. 34.2 LA, que estamos aquí estudiando en torno a la autonomía conflictual del convenio arbitral, y dentro del arbitraje interno (seguimos aquí a DE ÁLVARO MONTERO⁷¹⁶) da amplia libertad a los árbitros pues estos procederán a aplicar las normas jurídicas que consideren «apropiadas». Y este término (apropiadas), aunque dota de la más amplia libertad de elección al árbitro, no le exime de justificar y motivar la normativa elegida⁷¹⁷. Parece que el legislador se ha apartado de la Ley Modelo UNCITRAL, que exige que esa elección fuera el resultado de la aplicación de las normas de conflicto de las leyes que se estimen aplicables. En cualquier caso, regresando a la elección de la normativa aplicable, los árbitros podrán tener en cuenta la ley de cualesquiera de los Estados a los que pertenezcan las partes, ya sea la del lugar de ejecución del contrato, la ley del lugar del domicilio de aquel frente al que se ha planteado la controversia, la ley del lugar donde se produce el pago o la ley del lugar del arbitraje. Estas reglas mencionadas han de ser tenidas en cuenta por el tribunal arbitral, que deberá discernir por cual o cuales opta, a la vista del convenio arbitral, del contrato principal y el nexo de estos con la normativa y los hechos que dan lugar a la controversia planteada. Y, como ya hemos recordado más arriba, los árbitros no pueden soslayar que el contrato principal y sus cláusulas son siempre ley entre las partes y vinculan a aquellos.

A modo de conclusión es interesante el apunte que hace notar DE ÁLVARO MORENO⁷¹⁸, sobre la elección que haga el tribunal arbitral de la normativa aplicable cuando las partes no la mencionaron, pues si no se razona jurídicamente bien esa decisión, pudiera ser anulado el laudo arbitral por ir contra la voluntad de las partes.

⁷¹⁶ DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 790-791.

⁷¹⁷ Siguiendo con el ejemplo, en la nota citada ut supra, de la Ley Federal Suiza de Arbitraje de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, en su art. 187.1 se ocupa de este supuesto y señala que los árbitros elegirán aquellas normas «que presenten la conexión más intensa con el litigio», en lugar de decir las normas jurídicas que consideren «apropiadas». En su original: «1. *The arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence thereof, according to the rules of law with which the case has the closest connection*». Vide www.arbitration-ch.org.

⁷¹⁸ «Cuando los árbitros deban suplir la ausencia de mención sobre la normativa aplicable para la resolución de la controversia, esa elección de la norma apropiada deberá ser razonada y motivada y como tal debería ser objetable por las partes puesto que esa elección y los criterios que le han llevado a ello no se encuentran entre los que darían lugar al control judicial a través del recurso de anulación». Vide DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 791.

c. Elección de la equidad como forma de resolver las controversias

No nos extenderemos mucho en este aspecto, toda vez que la elección por las partes de la equidad como forma de resolver las controversias no suele plantear problemas respecto a la autonomía conflictual del convenio arbitral. Tampoco trataremos de la diferencia terminológica entre amigables componedores y árbitros de equidad.

En el arbitraje de equidad, las partes, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral, se han autoexcluido, tanto de actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, como de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus controversias a decisiones de equidad, esto es, al leal saber y entender de los árbitros. Ese leal saber y entender de los árbitros son las reglas y máximas de su experiencia, conceptos abstractos y generales que el árbitro ya posee, y que aplicará en su razonamiento para resolver la controvertida conforme a su leal saber y entender.

Ese discurso interno razonado y lógico que hacen los árbitros presenta muchas semejanzas con el propio proceso que los jueces realizan internamente cuando tienen que valorar la prueba y que se conoce como reglas de la sana crítica⁷¹⁹. Por lo tanto, el tribunal arbitral deberá resolver conforme a su leal saber y entender utilizando los axiomas de su experiencia aplicados a la controversia que se le presenta. Por esta razón, el laudo que recaiga en un arbitraje de equidad no necesita una labor de interpretación de la normativa jurídica puesto que el árbitro en equidad no falla conforme a disposiciones del ordenamiento jurídico, sino que su fallo se basa en el análisis de los supuestos de hecho, las circunstancias del caso, las conclusiones que saca del debate entre las partes, del análisis que él hace de las pruebas practicadas, etc.

En esa forma de decidir por los árbitros es donde la doctrina se plantea discusiones sobre el fallo y la forma de resolver la cuestión controvertida, y sobre si es necesario o no que ese leal saber y entender, que le ha llevado a una u otra solución, sea puesto por

⁷¹⁹ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Edit. Civitas, Pamplona, 2002, 3ª Edición, pág. 279, dice: «Aclarado que no existen reglas legales de valoración, el siguiente paso en la jurisprudencia se ha dirigido a establecer que la sana crítica se corresponde con el razonar humano (STS de 29 de enero de 1991), que no puede ir contra los hechos concluyentes (STS de 8 de octubre de 1985), que se corresponde con la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes (STS de 4 de marzo de 1994), y por ese camino se ha estimado que se vulnera lo que es la sana crítica cuando la valoración es ilógica (STS de 7 de enero de 1991, de 9 de marzo y 11 de abril de 1998), arbitraria (STS de 13 de julio de 1995), incoherente (STS de 28 de abril de 1993) o absurda (STS de 30 de mayo de 1989) o irracional (STS de 15 de julio de 1998)»

escrito y razonado para que las partes entiendan el sentido del laudo⁷²⁰. En esta misma línea el art. 37.4 LA establece que el laudo deberá ser siempre motivado, salvo en aquellos casos en los que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes, esto es, en los casos en que las partes han llegado a un acuerdo que pone fin a la controversia y si así lo solicitan, el contenido de ese acuerdo de conformidad se incluirá en el laudo (a no ser que el tribunal arbitral aprecie motivos para oponerse); por eso no se pide a los árbitros que motive el acuerdo, porque ellos no lo han resuelto. Las partes han llegado a un acuerdo y solicitan al tribunal que lo homologue mediante su laudo y así pueda gozar el acuerdo de la ejecutoriedad.

También los árbitros, en un arbitraje de equidad, están obligados a razonar y justificar la decisión tomada y reflejada en el laudo de manera congruente⁷²¹. Sobre este extremo ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional⁷²², para poner de manifiesto que forma parte del control jurisdiccional la existencia de motivación en los laudos, tanto de equidad como de derecho, como soporte de la decisión tomada (ex art. 120 CE).

⁷²⁰ Según DE ÁLVARO MONTERO, Á. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 791, «El que el fallo no tenga que ser resuelto con arreglo a Derecho no exonera al árbitro de fundar y motivar las razones que le han llevado a dictar esa resolución». Sobre la obligación de motivar el laudo en los arbitrajes de equidad y, en particular en los de consumo, vide también MARCOS FRANCISCO, Diana, *La equidad y la necesaria motivación del laudo en el arbitraje de consumo*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, núm. 2008, 2008, págs. 127-151.

⁷²¹ Para un estudio a fondo sobre la obligación de motivar los laudos en arbitrajes de equidad y libertad de motivación de los árbitros y su impugnación vide COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 2003, pág. 334, y también ESPLUGUES MOTA, Carlos, «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones», *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 63/2003 de 23 de diciembre tras la reforma de la Ley 11/2011*, BARONA VILAR, S. (Coordinadora), Edit. Thomson-Civitas, Pamplona, 2011, 2ª edición, pág. 1371.

⁷²² El Auto del TC núm. 259, de 20 julio 1993, recurso de amparo 395/1993 (repertorio www.tribunalconstitucional.es) en un caso en el que se había dictado un laudo en arbitraje de equidad, contra el que se interpuso recurso de nulidad que fue rechazado por la Audiencia Provincial de Madrid, el TC afirmó que la intervención jurisdiccional en los laudos arbitrales es «únicamente control de las garantías formales, sin que pueda ser objeto de revisión judicial, en principio, la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente» y ha señalado que «nos encontramos ante un arbitraje de equidad que, por tanto, no ha de fundarse en Derecho, siendo el único límite de la actuación arbitral el Auto de formalización del arbitraje, que fija aquellos extremos sobre los que se ha de pronunciar, pero no el contrato inicial suscrito entre las partes que constituye e integra únicamente un elemento más a tener en cuenta en la decisión arbitral».

II. CONTENIDO

A. El contenido necesario del convenio arbitral

Estudiaremos aquí el contenido *necesario* del convenio arbitral: *lo que debe contener*. En este apartado, surgieron en la normativa anterior dos grandes cuestiones⁷²³, que ahora dejamos de lado por estar superadas.

En la vieja ley de 1988, siguiendo al PROFESOR LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁷²⁴ podemos señalar como «contenido necesario» las siguientes materias:

- 1) Las cuestiones litigiosas que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas:

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 (art.1).

De este modo, la Ley de 1988 «pretendía resaltar, pues, desde el principio que los elementos clave del arbitraje son el convenio, el sometimiento por dicho convenio a la decisión de uno o varios árbitros de cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir y la libre disposición de dichas materias conforme a Derecho»⁷²⁵.

- 2) La manifestación de la voluntad inequívoca de las partes de acudir al arbitraje:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión (art. 5.1).

⁷²³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* pág. 151, se refería a:

- 1) lo que debe contener el pacto arbitral de forma necesaria.
- 2) la diferencia en el contenido en el contrato preliminar de arbitraje y la cláusula compromisoria, que quedó superada por la Ley de 1988.

En este sentido añaden MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral... op. cit.* pág. 155: «Además, con la nueva Ley (60/2003) el convenio arbitral puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras, superándose así la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia se hacía presente entre las partes» y «El nuevo marco legal introduce dos novedades importantes en relación con el convenio arbitral: el principio de libertad formal en el convenio arbitral y la divisibilidad del convenio arbitral accesorio del negocio jurídico principal».

⁷²⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil... op. cit.* págs. 157 y ss.

⁷²⁵ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje... op. cit.* pág. 274.

- 3) El convenio arbitral abarca tanto a las relaciones jurídicas contractuales como a las no contractuales; también ex art. 5.1:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas *las cuestiones litigiosas* o de algunas de estas cuestiones, *surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales*, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

- 4) Expresión de que la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de ellas se somete a la decisión de uno o más árbitros, así como de la obligación de cumplir sus decisiones:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión (art. 5.1).

Si bien el carácter reiterativo e innecesario de la expresión sobre el obligado cumplimiento del laudo arbitral, quedaba de manifiesto en las sentencias de la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2000 y de 6 de noviembre de 2000⁷²⁶, a la luz de las SSTs de 1 de junio de 1999 y de 11 de diciembre de 1999⁷²⁷; corriente doctrinal que, junto a la Ley modelo de la UNCITRAL, han significado la línea a seguir por la vigente LA.

Dicho esto, debemos indicar que la situación en la vigente LA ha variado ostensiblemente; ya que su artículo 9, apartado 1 se expresa en los siguientes términos:

⁷²⁶ «Respecto de la segunda de las objeciones formulada en el recurso en relación con la nulidad de la cláusula arbitral, la de no expresar la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, como exige el artículo 5.1 in fine de la Ley de arbitraje, la parte recurrida invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio y 11 de diciembre de 1999, que resolvían tal cuestión al examinar sendas excepciones de sumisión a arbitraje opuestas en juicios declarativos. Las citadas sentencias declaran que "no debe confundirse la forma del negocio jurídico, con las históricamente superadas formulas sacramentales" y se pronuncian en el sentido de que al añadir el último inciso del artículo 5.1 de la Ley que el laudo arbitral también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión "no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase "obligación de cumplir tal decisión" no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento". Interpretado el requisito legal de acuerdo con dicha jurisprudencia, como ya ha hecho esta propia Sala —así, en la sentencia, citada también por la parte recurrida, de 9 de junio de este año—, apartándose del criterio mantenido anteriormente, debe rechazarse tal circunstancia (la omisión de constancia expresa de la obligación de cumplir la decisión de los árbitros) como determinante de la nulidad del convenio y, por tanto, del laudo». SAP Barcelona 6 noviembre 2000 Recurso 98/1999 Fundamento Derecho Octavo, Repertorio ROJ 13153/2000.

⁷²⁷ www.tab.es. STS 1.06.1999 (repertorio TOL. 7.539); STS 11.12.1999 (repertorio TOL. 1.082.518).

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.

Por tanto, se observa una mayor influencia de la Ley Modelo de la UNCITRAL; evidenciada en el carácter potestativo de las demás circunstancias del arbitraje.

B. El contenido conveniente

Ahora bien, MERINO-CHILLÓN considera «conveniente» que figuren los siguientes elementos⁷²⁸:

- 1) Nombres, profesión y domicilio de las personas que conciertan el convenio.
- 2) Nombres, profesión y domicilio de los árbitros y su número (ex art. 12 LA); de la corporación o asociación a quien encomiendan la administración del arbitraje (ex art. 14 LA); o del tercero a quien las partes encargan la designación de los árbitros; sustituciones de los árbitros y su remuneración (ex arts. 20 y 21.2); y la posibilidad de que los árbitros nombren peritos (art. 32).
- 3) Expresión de si el arbitraje es de derecho o de equidad. Los árbitros solo decidirán la cuestión litigiosa en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello (art. 34.1). Cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes (art. 34.2).
- 4) Expresión de la controversia y sus circunstancias; la especificación de las circunstancias deberá ser concisa y exacta, pues de este modo se evita la impugnación del laudo en virtud del artículo 41.1.c) y e).
- 5) Expresión del plazo o término en que los árbitros han de dictar el laudo; ya que según el art. 37.2 de la LA, modificado por Ley 11/2011, de 20 de mayo, y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial:

⁷²⁸ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. págs. 443-445.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. *Salvo acuerdo en contrario de las partes*, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. *Salvo acuerdo en contrario de las partes*, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

- 6) Por ello, nosotros consideramos «conveniente» incluir entre las menciones «obligatorias», la declaración expresa de las partes de que «la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado» (art. 37.2, inciso final)⁷²⁹.
- 7) Lugar en que ha de desarrollarse el arbitraje, pues «el lugar del arbitraje es importante porque determina la competencia del apoyo jurisdiccional del Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art. 8 LA), en su caso, de la designación judicial del árbitro (art. 15.6 y 7 LA), y en cualquier caso, el de la Audiencia Provincial (hoy TSJ) para conocer de la acción de anulación contra el laudo (arts. 40 y 41 LA)⁷³⁰.
- 8) La cláusula penal para el caso de incumplimiento del convenio arbitral; en sustitución o con independencia del derecho a pedir la ejecución. También se puede pactar una separabilidad contractual y por daños del árbitro, por la responsabilidad arbitral legal de este, art. 21.1 LA 2003. La cláusula penal es potestativa pero muy aconsejable.
- 9) El pago de las costas procesales, donde las partes podrán establecer el sistema de reparto de costas o el del vencimiento objetivo; ahora bien, «también resulta indicación provechosa establecer el sistema de pagos de honorarios y

⁷²⁹ Nada se opone a que las partes puedan convenir cómo se computan los días hábiles o inhábiles, o la forma de cómputo de los meses, incluso de forma diferente a lo dispuesto en el art. 5.b) de la LA. Cf. MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 444.

⁷³⁰ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 444. El autor también analiza la elección/obligatoriedad del idioma en las distintas Comunidades Autónomas conforme al art. 3.2 CE., pero este tema excede nuestro estudio.

demás pactos que se realicen y que estén debidamente justificados (véase arts. 21.2 y 37.6 LA)»⁷³¹.

- 10) Finalmente, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ex art. 1255 del Código civil, las partes podrán establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes y que no sean contrarios a la Ley, a la moral ni al orden público. Por ello, podrán completar, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral; así ocurre, entre otros, con el pacto relativo a la protocolización notarial del laudo (art. 37.8 LA).

⁷³¹MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J. *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. pág. 445. Cita además STS 15.04.1990 sobre la admisión de pactos sobre costas en arbitrajes.

CAPÍTULO QUINTO

EFECTOS E INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

I. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Al igual que en la Ley de 1988, el convenio arbitral tiene entre las partes:

- Efectos positivos.
- Efectos negativos.

«Fundamentalmente para vincularlas a su deseo de someter a la decisión de uno o más árbitros los litigios, impidiendo a los jueces y Tribunales conocer de tales cuestiones sometidas a arbitraje»⁷³².

A. EFECTOS POSITIVOS.

El art. 11.1 de la Ley de 1988 señala: «El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado»; por tanto el efecto positivo de la cláusula compromisoria consiste en que: «Las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje»⁷³³.

La LA mantiene el efecto positivo, si bien modifica algo su redacción: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado [...]» (art. 11.1 LA).

Declaración que encuentra su fundamento en el art. 1091 del Código civil: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».

Por tanto, son aplicables al convenio arbitral los principios establecidos sobre los contratos⁷³⁴:

⁷³² DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, op. cit. pág. 303.

⁷³³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 175, siguiendo el art. II.1 de la Convención de Nueva York.

⁷³⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 244-245.

1. Principio de la autonomía de la voluntad, ya estudiado en el presente trabajo, Pero básicamente recordamos: «Las partes pueden acordar libremente todos los aspectos del arbitraje no sometidos a normas imperativas, según lo consideren conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público» (art. 1255 CC).
2. Principio de reciprocidad: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1256 CC).
3. Principio de relatividad: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada» (art. 1257, párrafo 1º CC).
4. Principio de buena fe: «Consagrado en el art. 1258 CC, por el que los contratos obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»⁷³⁵.

Por otro lado, la extensión del convenio arbitral a contratos distintos de aquel en que se estipuló y por tanto también a los sujetos que en dicho momento estaban fuera del ámbito de aplicación del mismo, puede también plantear dificultades. Esta problemática se presenta por ejemplo ante la presencia de contratos suscritos en el ámbito de un *master agreement* o contrato marco en el que figura el convenio arbitral, o cuando en una relación contractual entra en juego la fianza, extendiendo el contrato principal su eficacia al fiador; o en los contratos celebrados con una sociedad perteneciente a un grupo de empresas cuando en el contrato se estipula un convenio arbitral y en la ejecución de dicho contrato participan otras sociedades del grupo no firmantes del mismo; o cuando en una serie de contratos celebrados entre las mismas partes por la existencia de una relación de negocios entre ambas se estipula un convenio arbitral pero en contratos celebrados con posterioridad y con motivo de la misma relación de negocios este no figura⁷³⁶.

⁷³⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 245.

⁷³⁶ MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentarios...* op. cit. pág. 307, citando CHIILLON MEDINA y MERINO MERCHÁN *Tratado...*, op. cit. págs. 697-698, que entienden que si el pacto de garantía está incluido dentro del contrato principal, ejercerá sus efectos entre las partes intervinientes, y los obligados principales y subsidiarios accederán al proceso arbitral. Pero si el contrato de garantía es independiente del contrato principal, el fiador quedará afuera y los árbitros carecerán de competencia para conocer de las

En este sentido, consideramos relevante el comentario que de la sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Luis Garrido Espá), de 3 de marzo de 2006, hace el Tribunal Arbitral de Barcelona⁷³⁷.

FJ 2: Los términos del negocio sumisorio, inserto en un contrato marco que es antecedente causal necesario e inseparable del contrato privado que origina la controversia, son lo suficientemente amplios como para comprender las discrepancias derivadas de la ejecución de este segundo convenio, cuya materia objetiva queda afectada por la fuerza expansiva de la cláusula de sumisión, pues en ella las partes someten a la intervención arbitral no solo las cuestiones estrictamente derivadas o que susciten los pactos recogidos en la escritura de compraventa de acciones («todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación, resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato»), sino también «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación relacionada directa o indirectamente con el mismo». Y cuestión o controversia relacionada directa o indirectamente con la transmisión de la titularidad de las participaciones de J.O., S.L. es, sin duda, la generada por el contenido obligacional del documento privado suscrito el mismo día de la compraventa y acto seguido de esta.

De hecho, ese contrato comienza exponiendo, en primer término, como antecedente que dota de razón y sentido a lo que en él las partes convienen, la compraventa de participaciones que inmediatamente antes se han otorgado ante Notario, y lo que reglamentan en este convenio separado pero sin duda complementario, es obligación de quien ha pasado a ser titular de las participaciones (la aquí demandante) de pagar a uno de los vendedores una cierta cantidad relacionada con el disfrute de una concesión administrativa, que era elemento patrimonial de la sociedad cuyas participaciones fueron vendidas (J.O., S.L.). La relación entre uno y otro contrato, en fin, la expresa el árbitro señalando con acierto que «el otorgamiento y eficacia de la escritura pública de venta fue condición sine qua non del otorgamiento del documento privado, pues carecía de sentido que quienes no alcanzaran la condición de titulares de la sociedad pagaran o se comprometieran a pagar en función de un plus de valor afectante a una sociedad ajena». Así es, necesariamente, porque de no existir el contrato de compraventa se desvanece la causa económica de los pactos recogidos en documento privado aparte, que completa de esta forma el interés económico-negocial de las partes.

consecuencias del pacto accesorio, a menos que se reproduzca en términos idénticos la cláusula arbitral. Citando en este sentido también a VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 246.

⁷³⁷ www.tab.es. Repertorio TOL. 1.486.925.

El convenio arbitral tan solo obliga a las partes que lo suscriben y a sus causahabientes, respecto de la concreta relación jurídica sometida a arbitraje, y dentro de ella, tan solo les obliga en cuanto a aquellas específicas controversias incluidas en la sumisión arbitral por quienes la suscribieron. El convenio puede por tanto ser muy específico en la concreción de lo que se somete a arbitraje.

Ello no obstante, en términos generales, no conviene diseñar el convenio arbitral de una forma excesivamente restrictiva en cuanto a aquello que es «objeto de sumisión a arbitraje». En primer lugar porque nuestra legislación no lo exige, sino que tan solo requiere determinar la relación jurídica y no las controversias dentro de ella y por otra parte porque debe evitarse todo aquello que dificulte la claridad y precisión en cuanto a qué concretas controversias se hallan sometidas a arbitraje y cuáles no, dado que de lo contrario se facilitan eventuales tácticas dilatorias e incluso el peregrinaje jurisdiccional-arbitral, tan alejado de la celeridad y agilidad procedimental que debe presidir todo arbitraje.

Cuando las partes quieran excluir una parte de la relación jurídica o determinadas controversias de la sumisión arbitral, es conveniente efectuar las exclusiones de una forma expresa y no tácita. La exclusión tácita podría llevar a un debate bizantino previo al arbitraje sobre el alcance de aquella exclusión tácita, e incluso puede derivar en la ineficacia del pacto arbitral. Además, tal exclusión debería hacerse de forma excepcional en los convenios arbitrales *ex ante* (esto es, los suscritos en cualquier momento anterior a surgir la controversia, no después: en un contrato, fuera de él o en un complemento al mismo), dada la dificultad de prever *ex ante* la complejidad y la diversidad de las controversias que en su caso puedan producirse durante el desarrollo de una relación jurídica.

Excluyendo, de este modo explícito y excepcional, aquello que las partes quieran excluir del arbitraje, las controversias excluidas se resolverán en su caso en sede judicial sin que quepa interponer declinatoria (art. 11.1 LA) por faltar el supuesto de hecho normativo que la sustenta: el convenio arbitral de sumisión a esa controversia a arbitraje. Para el resto de cuestiones que efectivamente se hayan sometido a arbitraje si deberá invocarse en tiempo y forma la declinatoria para que el Juez pueda estimar su falta de jurisdicción, puesto que en caso contrario se debe entender la sumisión tácita en sede judicial de aquella controversia, sin que ello afecte a la futura eficacia del pacto arbitral para otras eventuales controversias sometidas a arbitraje.

Cuestión relacionada con una de las preguntas que estudiaremos más adelante: la intervención jurisdiccional.

Del mismo modo que en el pacto arbitral cabe alguna o algunas controversias de la genérica sumisión a arbitraje de determinada relación jurídica, también cabe lo contrario: extender el pacto arbitral a los distintos contratos o actos jurídicos relacionados con un contrato marco o con cualquier documento en el que se reglamente los aspectos esenciales de una concreta relación jurídica.

La exigencia legal de que la relación jurídica sea determinada impediría someter a arbitraje todas las relaciones que puedan surgir entre dos o más personas, ya sean civiles, mercantiles, laborales, etc., pero no impide que se someta, como se hace en el convenio arbitral objeto de la sentencia que comentamos, «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación... relacionada directa o indirectamente con el mismo (contrato)». Y ello debería ser cláusula de estilo en todos aquellos pactos de sumisión a arbitraje incluidos en relaciones jurídicas complejas.

Si importante es, como decíamos, precisar con claridad aquellas controversias que, dentro de una relación jurídica, las partes quieran excluir de la sumisión a arbitraje, igual o más importante, para evitar el mismo peregrinaje jurisdiccional-arbitral, es que las relaciones jurídicas complejas se hallen sometidas, en su caso, todas ellas al mismo pacto arbitral. Se trata normalmente de relaciones, que se documentan en una pluralidad de documentos, a menudo en forma de primer contrato marco y de sucesivos contratos de desarrollo o ejecución de aquel, que en la práctica pueden incluir distintos pactos, algunos de sumisión a arbitraje y otros no e incluso algunos a distintos tipos de arbitraje o centros arbitrales, por la intervención de distintos profesionales en su *iter*.

Para evitar estos supuestos patológicos que en la praxis se dan con mayor frecuencia de lo deseable es aconsejable seguir el criterio de incluir tan solo el pacto arbitral en el contrato marco (o no) sin hacer referencia alguna al arbitraje en los restantes documentos o bien hacer un protocolo arbitral por separado, para evitar disfunciones entre unos y otros convenios arbitrales llamados a cohabitar. En el primer caso resulta imprescindible que el contrato marco incluya la cláusula a la que se refiere la sentencia comentada en el sentido de someter a un único tipo de arbitraje «toda controversia derivada de este contrato o relacionada directa o indirectamente con el mismo (contrato) o con cualquiera de los documentos o actos jurídicos que se deriven de él».

Además, «en cualquier caso corresponde a los árbitros determinar la validez de la transmisión o extensión del convenio arbitral y de su efecto positivo a sujetos que en el

momento de la estipulación del convenio estaban fueran de su ámbito de aplicación»⁷³⁸ y esto en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz recogido en el art. 22 de la LA.

Por otra parte, y en lo que respecta a la incidencia del concurso en el convenio arbitral, el art. 52 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (reformado por la Ley 11/2011, de 20 de Mayo) establece que:

1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.
2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

Finalmente, indicar que los efectos positivos del convenio arbitral son dispositivos para las partes, ya que «no cabe duda alguna de que si ambas partes lo desean podrán acordar dejar sin efecto el convenio arbitral previamente estipulado»⁷³⁹.

B. EFECTOS NEGATIVOS.

«El convenio arbitral impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. Esta disposición del art. 11.1 [LA] expresa el efecto negativo o procesal que produce el convenio arbitral»⁷⁴⁰.

Esta postura mejora la sostenida por la Ley de 1988, donde el efecto negativo o excluyente solo se producía cuando el demandado la hacía valer mediante lo que para la doctrina mayoritaria era una excepción dilatoria.

De tal manera que «en la ley de 1988, el efecto negativo o excluyente solo jugaba cuando el demandado lo hacía valer como una excepción dilatoria. Se entendían por «excepciones dilatorias» (suprimidas por la LEC 1/2000, de 7 de enero), aquellos motivos de oposición a la demanda que se formulaban con anterioridad al trámite normal de

⁷³⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 307.

⁷³⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 308.

⁷⁴⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 248.

contestación y producían el efecto de interrumpir el plazo para contestar hasta su decisión. Es decir, respondían a la concepción de que cuando existía un convenio arbitral el demandado podía oponer la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por falta de un presupuesto procesal: falta de jurisdicción del tribunal. Lo que en la práctica condujo al demandado a contestar la demanda ad cautelam, por si el juez no admitía la excepción de arbitraje. Consecuencia de esta situación fue una desconcertante jurisprudencia que en numerosas ocasiones la entendía como renuncia tácita al arbitraje, generadora de inseguridad para los litigantes pues ni siquiera se esperaba a las contraalegaciones de la parte demandante, bastaba una conducta del demandado distinta a la mera excepción para atribuir jurisdicción y competencia al juzgador (SSTS de 12.12.96; de 18.03.02; de 31.05.03; y de 10.07.01)⁷⁴¹. Todo ello provocaba en definitiva un rechazo hacia la alternativa arbitral»⁷⁴².

Así, «para LORCA, se trata de una excepción de tipo procesal, o también llamada excepción dilatoria, como así manifiesta el legislador su deseo al incluir “la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje” entre las que es posible atribuirles el carácter de dilatorias o procesales, tanto en el juicio declarativo ordinario como en el ejecutivo»⁷⁴³.

Por otra parte «El juego del efecto negativo va íntimamente unido a la validez del convenio. Este modo de actuar es habitual: una parte demanda ante los Tribunales, la parte demandada excepciona la competencia del Tribunal alegando la existencia del convenio. Para que despliegue sus consecuencias (exclusión de la jurisdicción) es preciso acreditar la validez del convenio cuando es impugnada. En tal situación, el tribunal antes de estimar o desestimar la excepción de arbitraje tendrá que decidir sobre la validez del convenio, lo cual puede dar lugar a su intromisión en la resolución de una cuestión en principio excluida de su jurisdicción (*vide ut supra* al tratar sobre el efecto positivo del convenio arbitral).

⁷⁴¹ Repertorio de Jurisprudencia Tirant On Line (TOL): Sentencias del TS, Sala de lo Civil: 10.12.96, núm. Recurso 321/1993, TOL. 1.658.557, Pte. Antonio Gullón Balesteros. 18.03.02, TOL.155.190, Pte. Alfonso Villagómez Rodil. 31.05.03, núm. Recurso 2930/1997, Resolución 531/2003, TOL 274.467, Pte. Alfonso Villagómez Rodil. 10.07.01, TOL 66.390, Pte. Alfonso Villagómez Rodil.

⁷⁴² GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 249.

⁷⁴³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 180, siguiendo a LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Derecho de Arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989, pág. 62.

Con la solución ahora plasmada en la nueva Ley no tiene cabida este problema, pues corresponde a los árbitros decidir sobre la existencia o la validez del convenio arbitral» (art. 22.1 LA)⁷⁴⁴.

Volviendo a la LA, el efecto negativo del convenio arbitral requiere:⁷⁴⁵

- Un convenio arbitral válido.
- Que tenga por objeto una materia que no sea de obligada sustanciación procesal.

A los requisitos de validez del convenio arbitral ya nos hemos referido con anterioridad en el presente trabajo; por ello, solo indicaremos que la LA (art. 22.1) reconoce expresamente a los árbitros decidir sobre la existencia o la validez del convenio arbitral.

En lo que respecta a la materia del convenio arbitral, «El juez ante quien se presente declinatoria fundada en sumisión a arbitraje ha de verificar si la materia a la que se refiere el convenio es de libre disposición para las partes, conforme a lo establecido en los arts. 1.4 y art. 2 de la LA, [...], pues de no ser así no prosperará la declinatoria»⁷⁴⁶.

A esto se refiere el art. 11.2 de la LA cuando establece que:

«La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales».

Ahora bien, mientras el art. 11.2 de la LA 1988 disponía: «Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderán que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o todos los demandados, si fuesen varios, realicen después de personados en juicio, cualquier cuestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria»⁷⁴⁷.

Por tanto, «no existiendo precepto similar en la vigente LA puede entenderse que aunque la parte demandada renuncie tácitamente al convenio arbitral (y, por tanto, al arbitraje) por no haber formulado declinatoria, el convenio arbitral podrá producir de

⁷⁴⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 249.

⁷⁴⁴ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 313.

⁷⁴⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. págs. 249 y ss.

⁷⁴⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 249-250

⁷⁴⁷ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 313.

nuevo los efectos que le son propios si el proceso ante la jurisdicción terminase por sentencia absolutoria, desistimiento o caducidad de la instancia»⁷⁴⁸.

Por todo ello, no es de extrañar, pues, que la Exposición de Motivos (III) se exprese en los siguientes términos:

La Ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendency de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la Ley española.

Para concluir, encontramos como corolario del efecto negativo del convenio arbitral: «El art. 7 LA que establece: “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga”. Por lo que se refiere a los instrumentos convencionales, tanto el convenio de Nueva York como el de Ginebra regulan la eficacia negativa del convenio arbitral (arts. II.3 y VI.1 respectivamente)»⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 313.

⁷⁴⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 311.

III. INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Según el Profesor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁷⁵⁰ las causas de ineficacia derivadas la Ley de 1988 sucintamente enumeradas serían las siguientes:

- 1º. El convenio no se suscribe con la forma exigida por la ley arbitral.
- 2º. Las partes o los árbitros no fijan la cuestión litigiosa.
- 3º. Se fija en el convenio un número de árbitros que no sea impar.
- 4º. Las normas de procedimiento establecidas en el pacto no cumplen las formalidades esenciales establecidas por la Ley de Arbitraje para la sustanciación del proceso arbitral.
- 5º. El convenio arbitral coloca a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

Dicho planteamiento legislativo obligaba a distinguir entre causas de ineficacia específicas de la cláusula compromisoria y causas de ineficacia del contrato.

Por ello, en cuanto a estas causas de ineficacia del contrato, «es obvio que el convenio arbitral es nulo cuando se han traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad, expresados en el artículo 1.255 CC, o cuando no se respetan los requisitos señalados en el artículo 1.261 del citado cuerpo legal. Es anulable cuando el pacto adolece de un vicio que lo invalida (error, dolo, violencia e intimidación) o alguno de los contratantes es incapaz»⁷⁵¹.

Por otra parte, la vigente LA60/2003 tampoco ha considerado conveniente establecer un catálogo de causas de ineficacia; tal y como se desprende de su Exposición de Motivos (III):

El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley. En líneas generales, la Ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos.

En este sentido, el concepto de orden público ha cobrado gran importancia; debido, fundamentalmente, a su consolidación como «estándar jurídico»; por ello, consideramos

⁷⁵⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 202.

⁷⁵¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág.202

de gran interés el comentario que el Tribunal Arbitral de Barcelona realiza de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Ponente: Sr. Ángel Santiago Martínez García), de 10 de junio de 1999, a la luz del ATS de 1 de febrero de 2000⁷⁵²:

FJ 2: «Esta causa de anulación introducida por la actual Ley de Arbitraje, no tiene precedentes ni en la Ley anterior ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y según la Exposición de Motivos de dicha Ley, dicho concepto de orden público, habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución española: por su parte el Tribunal Constitucional ha declarado en sentencia de 15 de abril de 1986 que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público, es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de nuestra Constitución Española, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el art. 24 de la misma».

En aras de la seguridad jurídica el Tribunal Supremo en los excepcionales supuestos en los que es llamado a conocer del concepto de orden público en el arbitraje, debiera unificar la disparidad de criterios jurisprudenciales en las diferentes Audiencias respecto de ese concepto como motivo de anulación del laudo, e incluso en ocasiones entre las diversas Secciones de una misma Audiencia (hoy de los TSJ de las CCAA).

En la sentencia comentada, la Audiencia Provincial de Palencia sostiene un criterio restrictivo del referido concepto, de forma que el laudo debe vulnerar los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución española.

Por su parte el Tribunal Supremo, en su Auto de 1 de febrero de 2000, pone de manifiesto que sería bueno que se superase la distinción en cuanto al concepto único de «orden público» como estándar jurídico aplicable a los laudos arbitrales que deban ejecutarse en nuestro país, porque se trata de una sola realidad jurídica y porque aquella distinción es artificiosa y es más propia de doctrinas superadas bajo la vigencia de la Ley de 1953 que de la moderna legislación arbitral.

El concepto de «orden público», como todo estándar jurídico, debe ser interpretado a la luz de la realidad social-cultural de cada momento y lugar. Y conforme a la realidad actual de nuestro país el calificado concepto jurídico se debiera aplicar con un significado unívoco, en aras de la seguridad jurídica. Significado único que debiera ser bien la interpretación restrictiva que postulamos, o bien aquel otro significado más amplio del mismo concepto. Este significado amplio, según alguna jurisprudencia reciente, comprende los principios jurídicos públicos y privados, sociales y económicos de la sociedad desde el punto de vista del derecho material, y de las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30/5/00).

⁷⁵² www.tab.es. ATS 01.02.2000 (repertorio TOL.3.429.175).

Entendemos que aquella interpretación restrictiva, de contenido meramente constitucionalista, resulta más acorde tanto con lo expuesto a este respecto en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje como con los convenios internacionales ratificados por España, todo ello, exposición de motivos y convenios, integrante de nuestro Ordenamiento jurídico.

Y ya bajo la vigencia de nuestra actual LA, encontramos la sentencia del Juzgado de Lo Mercantil 1 de Girona, de 23 de enero de 2006; que, en su Fundamento Jurídico Nº. 1, se expresa en los siguientes términos:

FJ 1:«La jurisdicción pueda tomar conocimiento del contenido del laudo arbitral, dicho tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, puede anular el laudo por ser el mismo contrario al “orden público”, lo que sin duda en múltiples ocasiones podrá afectar al fondo del asunto de la decisión arbitral. No podemos olvidar que este orden público, en el que se recogen, en términos de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 “aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que resultan absolutamente indispensables para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada”, y constituye un concepto vivificador y corrector del ordenamiento legal en todos sus aspectos, para mantenerle ajustado constantemente al básico sentir colectivo».

Si bien el Tribunal Arbitral de Barcelona realiza las siguientes consideraciones:

La anterior sentencia contiene unas extensas y prolijas consideraciones históricas, sistemáticas y jurídicas acerca del alcance que hoy debe atribuirse al «orden público», como motivo de impugnación del laudo arbitral y por tanto como límite a la validez del mismo, que por su interés jurídico no merece mayor comentario que la reproducción literal de los términos en los que se expresa en su fundamento jurídico primero: «Este proveyente dictará una resolución mediante la que se acoja la litispendencia, en los términos solicitados por una de las partes. Pero dado que ha tenido que adentrarse en una exégesis pormenorizada de la Ley de Arbitraje, no puede dejar de verificar con carácter previo lo que sin duda constituye una digresión. La lectura arbitral ha subvertido los términos del lugar en el que radica el verdadero poder público que responde al interés general. Sobre la importancia del poder judicial, resulta de obligada lectura el capítulo sexto de la obra de Alexis de Tocqueville *La Democracia en América*. Simplemente recordar ahora que la jurisdicción no constituye un mero apoyo judicial al arbitraje, como se afirma en el inciso final del párrafo VI de la Exposición de Motivos de la L.A. Es más, de la dualidad de funciones atribuidas al poder jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) solo la primera de ellas es compatible con los árbitros, cuando estos deciden con arreglo al derecho sobre unos intereses particulares disponibles. Pero el verdadero «imperium» de la jurisdicción no radica tanto en las materias cuyo conocimiento le viene encomendado de manera exclusiva a la jurisdicción, como en la legitimidad de la “vis coactiva” propia de la fase ejecutiva de todo pronunciamiento judicial,

o, en los términos utilizados por nuestra Constitución, «haciendo ejecutar lo juzgado» (que corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales). Lo dicho viene al caso en el análisis que se verifica por este proveyente de la literalidad del art. 41 de la L.A., en el que se tasan por el legislador los motivos de la anulación o impugnación del laudo arbitral. La L.A., tras haber introducido el criterio de Kompetenz-Kompetenz, que faculta al árbitro designado para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral, posibilita que esta misma validez sea cuestionada de nuevo, cuando se ejercita la acción de anulación por una de las partes, por la jurisdicción ordinaria (art. 41.1 a/ de la L.A.). Es más, cuando con oportunidad del ejercicio de una pretensión revisoria, y relativizadora de las funciones del árbitro (como la antedicha) la jurisdicción pueda tomar conocimiento del contenido del laudo arbitral, dicho tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, puede anular el laudo por ser el mismo contrario al «orden público», lo que sin duda en múltiples ocasiones podrá afectar al fondo del asunto de la decisión arbitral. No podemos olvidar que este orden público, en el que se recogen, en términos de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 «aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que resultan absolutamente indispensables para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada», y constituye un concepto vivificador y corrector del ordenamiento legal en todos sus aspectos, para mantenerle ajustado constantemente al básico sentir colectivo (DÍEZ-PICAZO, Luis en *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*), que la sentencia de la sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1983 califica como «concepto jurídico indeterminado», lo cual resulta cierto hasta tal punto que la mejor doctrina (De Castro y Bravo, Federico) considera el intento de encontrar una definición satisfactoria del orden público como un suplicio para la inteligencia que implica caminar por un camino cubierto de espinas. Veámoslo en concreto, en relación con las escasas sentencias de nuestro Tribunal Supremo en las que se alude a dicho concepto. Aparte de la manida cuestión de la posibilidad de reconocer en un país que no tenga admitido el divorcio una sentencia extranjera en la que esto se acuerde, nuestro Tribunal Supremo en muy pocas ocasiones ha utilizado el término para referirse a cuestiones patrimoniales, y, por tanto, esencialmente disponibles. Así la sentencia de la Sala 1ª de 26 de octubre de 1988, en base al análisis del artículo 1583 del Código Civil considera que los contratos celebrados a perpetuidad son contrarios al orden público, por oponerse a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria. Esta sola afirmación requiere importantes precisiones. Primero, porque el art. 1583 del CC, del que se desgajó posteriormente el Contrato de Trabajo, tiene unos perfiles muy singulares, y admitir en esta materia contratos perpetuos (*rectius*, «de por vida») podría dar lugar a una forma de esclavitud encubierta, lo cual resulta inaceptable desde el punto de vista de la verdadera libertad y dignidad de la persona. Pero en otros ámbitos de lo económico, como es el derecho patrimonial, la anterior declaración del Tribunal Supremo ha de ser examinada caso por caso y sin poder formular declaraciones generales. Bien es verdad que el liberalismo económico, vigente y pujante en el siglo XIX del mundo occidental, inspiró preceptos como el contenido en el art. 515 del CC, a cuyo tenor «el usufructo no podrá constituirse a favor de un pueblo,

corporación o sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo o la corporación o sociedad se disolvieran, se extinguirá por este hecho el usufructo». Inspiradas en los mismos principios, exacerbados entre nosotros por la desamortización, podemos constatar la existencia de las denominadas prohibiciones perpetuas de disponer. Pero, modernamente, el denominado orden público económico ha sido objeto de una profunda revisión en el orden legislativo, que no ha tenido el debido reflejo en las decisiones correspondientes judiciales. Efectivamente, la Constitución Española, pese a reconocer con el carácter de derecho del ciudadano (que no fundamental) el derecho a la propiedad privada y a la herencia, obedece a una filosofía superadora del liberalismo primigenio, y también del denominado neoliberalismo, o en clave de crítica, «capitalismo salvaje». Efectivamente el art. 1 de la Constitución afirma que nos hemos constituido en un estado social y democrático de derecho. El apartado 2º del art. 10 de la C.E. que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos como norte interpretador de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que en la C.E. se reconocen, hace que entre en juego lo previsto en el art. 17 de dicha D.U. en el que junto a la propiedad individual reconoce el derecho fundamental de la persona a las más variadas formas de propiedad colectiva, lo que ha sido ocultado o escamoteado por nuestros operadores jurídicos más relevantes, pese a que ello representa una mutación copernicana en el concepto de «orden público económico».

Un ejemplo de aplicación del concepto de orden público en recurso de anulación de un laudo arbitral bajo la actual LA 60/2003 lo encontramos, entre muchas sentencias recientes dictadas en materia de revisión de recurso de anulación de laudos arbitrales, en la SAP Madrid 15 febrero 2012, sección 21, ROJ. 2271/2012⁷⁵³.

⁷⁵³ Reitera esta sentencia doctrina anterior de la misma Sala, (con cita de sus SS 22 de Febrero de 2011 rollo 90/2010 y 21 de Junio de 2011 rollo 7/2010) donde establece que el orden público no es una excusa para revisar el fondo del laudo arbitral por parte del Tribunal. Define los conceptos y límites del orden público, que no viene recogido en una serie de normas de nuestro ordenamiento jurídico, ni en normas de carácter imperativo o prohibitivo, «Sino que por orden público debe entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico y que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados (SSTC 11/87, 116/1988 y 54/1989), de donde se sigue que un laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la Constitución Española. Ahora bien, no toda infracción de una norma jurídica, ni aunque sea imperativa o prohibitiva como queda dicho, es atentatoria al orden público, como tampoco cualquier infracción de los principios de justicia y equidad puede equipararse a infracción del orden público, sino tan solo la conculcación de aquellos principios de justicia y equidad que conforman el concepto de orden público constitucional según viene interpretándose por la doctrina jurisprudencial, habiendo señalado en la sentencia de esta Sala a que antes nos referimos, de fecha 22 de Febrero de 2011, con cita de la de la de la Sección 6ª de la Audiencia de Málaga de 13 de Diciembre de 2006, que el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no solo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también al árbitro y que

Llegados a este punto nos podríamos preguntar si existe un tipo de convenio arbitral válido. En el trabajo hemos hablado mucho de esto.

Los reglamentos de instituciones arbitrales son variados. Me parece acertado mencionar, a modo de conclusión, lo que se dice en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), al ser muy usado. El cual establece que cuando una parte someta a la Corte de Arbitraje una excepción sobre la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, «el arbitraje proseguirá si y en la medida en que la Corte estuviera convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento (de la CCI)». Sigue el reglamento desarrollando el principio de prosecución del proceso arbitral si la Corte estuviera convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento que las vincule a todas... (Vide 6.4).

El concepto de *prima facie* (esto es, cuando a primera vista, cuando en principio, cuanto todo parece hacer ver que el convenio arbitral existe y es válido; como el principio de la apariencia del buen derecho, o del *fumus bonis iuris*) es mencionado expresamente en el Reglamento. El problema viene cuando no es tan *prima facie*. Cuando una cláusula arbitral es del tipo «tipo» y menciona a la CCI y su reglamento expresamente, no hay mucho que debatir. Si el tribunal estima que hay una cláusula inválida, las partes no podrán acudir a árbitros a debatir esta cuestión por el sencillo motivo de que la CCI no constituirá el tribunal y sin tribunal no hay árbitros. Sin embargo, si el Tribunal aprecia que hay una cláusula válida y alguna de las partes objeta, esta podrá retomar el asunto con el tribunal arbitral cuando se constituya.

este no puede traspasar, constituyendo este motivo de anulación precisamente un control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles. Indicándose en sentencia de fecha 30 Mayo 2011 (rollo 852/09) de la Sección 9ª de esta misma Audiencia o en las sentencias de la Sección 13ª que la misma se refiere de 11 de Febrero y 17 de Diciembre de 2003 que "el carácter amplio e impreciso de la noción de orden público aconseja una cautelosa aplicación de su concepto a casos concretos, pudiendo servir de orientación en cuanto a la determinación de su contenido, que está integrado básicamente por la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través, fundamentalmente del artículo 24 de la Constitución, y que en el ámbito de derechos de carácter material cristalizan en torno a los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos indispensables para la conservación de la sociedad en una época determinada y que son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho, de aplicación acogida en el artículo 1 del Código Civil, y por extensión los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución Española". Económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada...; y en la segunda, las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal. En definitiva, como dice el Tribunal Constitucional "su vulneración solo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de los derechos fundamentales". El orden público determina que, en tanto no se infrinjan derechos fundamentales y libertades públicas, no es posible anular el laudo arbitral"».

Por lo demás, el citado artículo 6 del Reglamento contiene dos apartados, a nuestro entender absurdos, como son el 6 y 7. El primero establece que si la Corte decide que no habrá arbitraje, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia. ¡Solo faltaría que las partes no pudiesen acudir a los tribunales ordinarios! Y el segundo dispone que si la Corte estima que el arbitraje de alguna cuestión no puede proseguir, la parte afectada puede reclamar de nuevo, en otro momento, en un proceso arbitral distinto, lo que es evidente, a nuestro entender.

Nuestra LA está imbuida de estos principios referidos *ut supra* que recorren los países. En este sentido, en lo que respecta a la Ley que se debe aplicar al convenio arbitral, se opta por el principio de conservación o el criterio más favorable a que el convenio arbitral se conserve. Así, es suficiente con que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres normas jurídicas señaladas: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español (vide art. 9.6 LA).

CAPÍTULO SEXTO

INTERVENCION JURISDICCIONAL

«El mejor arbitraje es aquel que en ningún momento de su desarrollo necesita de la intervención de los jueces y tribunales estatales»⁷⁵⁴.

Por ello, el art.7 remacha dicho pensamiento expresándose en los siguientes términos:

«En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga».

Dicho esto, debemos tener en cuenta que «el convenio arbitral es precisamente un pacto excluyente de la intervención judicial»⁷⁵⁵ ya que «las partes de un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial»⁷⁵⁶.

«Dicho convenio ha de ser respetado tanto por los tribunales (he ahí la oportunidad de este precepto) como por las propias partes (art. 11.1 LA). Pero esta obligada ausencia está prevista solo en tanto exista entre las partes la colaboración necesaria, de manera que se diluye en los supuestos en que quiebra el consenso entre las partes, que es cuando se hace necesaria la potestad coercitiva con que cuentan los jueces y de la que carecen los árbitros»⁷⁵⁷.

Todo esto demuestra la aplastante influencia que la Ley Modelo de la UNCITRAL ha tenido en la elaboración de nuestra LA; pues su art. 7 es una copia literal del artículo 5 de la Ley Modelo *ad pedem litterae*. También el artículo 11 LA que se expresa de forma negativa, establece 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

⁷⁵⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil...* op. cit. pág. 186.

⁷⁵⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona (2004), pág. 140

⁷⁵⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 139 «y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales».

⁷⁵⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 140.

parte a quien interese lo invoque mediante la declinatoria» tiene su igual en el artículo 8 de la Ley Modelo, pero está expresado en sentido positivo. «El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas»⁷⁵⁸.

Por tanto, no resulta extraño que la regulación actual correspondiente a la «intervención jurisdiccional» no guarde relación con la contenida en el Capítulo IV de la Ley de 1988.

No es de extrañar, tampoco, que al art. 7 de la LA le siga un artículo como el 8, dedicado a los «Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje»; y cuya función «no es la de relacionar todos los supuestos posibles de intervención jurisdiccional en el arbitraje, sino únicamente la de establecer criterios de competencia objetiva y territorial de los jueces y Tribunales que han de intervenir en aquellos supuestos relacionados que tampoco son todos los contemplados de una forma u otra, en la Ley 60/2003»⁷⁵⁹.

De este modo, pasamos a examinar el contenido del art. 8 (modificado 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); que dispone lo siguiente:

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección.
2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban

⁷⁵⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A, y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentario...* op. cit. pág. 233. En el mismo sentido GARBERI LLOBREGAT, J. *Comentarios...* op. cit. pág.139. El art. 5 de la Ley Modelo UNCITRAL dice «En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga». Tanto los artículos 7 y 11 de la LA como los artículos 5 y 8 de la Ley Modelo suponen la superposición de dos preceptos con la misma función negativa o excluyente de la jurisdicción. Se trata del mismo principio expresado en lugares y en términos distintos, pero bajo una análoga función.

⁷⁵⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 248.

producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.⁷⁶⁰
5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiere dictado.
6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia, con arreglo a los mismos criterios.

Así:⁷⁶¹

- 1) En cuanto al nombramiento judicial de árbitros, procede en los supuestos en que las partes no hayan acordado dicha designación (art. 15.2) o no fuere posible esa designación a través del procedimiento acordado por las partes (art. 15.3).

El juez lo que puede hacer es decidir sobre la existencia o no del convenio a través de la puerta que abre el art. 15.5 de la ley, referente al nombramiento de los árbitros por un tribunal del Estado («El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral»). Esta posibilidad puede resultar problemática en la práctica: ¿Hasta dónde llega la facultad del juez para indagar sobre la existencia o no del convenio?⁷⁶²

⁷⁶⁰ Conforme a la redacción dada por el apartado dieciocho de la disposición final tercera de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; BOE de 7 de julio.

⁷⁶¹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. pág. 238. Es de destacar el comentario siguiente: en el campo de la asistencia judicial en la práctica de la prueba, interpretada literalmente esta «conformidad con las normas que le sean aplicadas sobre medios de prueba» se refiere tanto a la prueba a practicar ante el Tribunal competente, como a la adopción por este de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros, lo que plantea el problema de la aplicación concurrente de las normas procesales y de las disposiciones sobre procedimiento acordadas por las partes o por lo árbitros en sede arbitral; en opinión de HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, ANTONIO, en artículo en la obra aquí citada, entiende que las normas procesales solo serán aplicables en lo que se refiere a la actuación requerida del Tribunal competente.

⁷⁶² GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios a la Ley 60/2003...* op. cit. pág. 141.

Ahora bien, no debemos olvidar que «los tribunales casi siempre han tenido claro cuál es su función en materia arbitral, y en fase de recurso hasta donde llega su jurisdicción, negándose a alterar el sistema: “no será ocioso reiterar que la función jurisdiccional no puede extenderse a la infracción del Derecho material aplicable al caso, pues, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje se vería desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo de la decisión [...] El mayor o menor acierto de los árbitros no puede ser enjuiciado ahora por este Tribunal” (SAP de Zaragoza, Sección 5ª., 4.11.03. Repertorio TOL. 333.077)»⁷⁶³.

2) En lo relativo a la asistencia judicial en la práctica de pruebas, el art. 33⁷⁶⁴, dispone que:

1. «Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por este de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros».
2. «Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el Secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones».

3) «La adopción judicial de medidas cautelares con arreglo a los arts. 722 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo recordarse aquí que el art. 23 de la Ley 60/2003 permite también a los árbitros adoptar medidas cautelares, aunque su decisión solo será ejecutable a través del régimen de ejecución forzosa de los laudos, además de impugnabile mediante la acción de anulación establecida para los laudos»⁷⁶⁵.

4) La ejecución forzosa del laudo conforme a los arts. 44 y 45 y lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que «siendo el convenio arbitral el fundamento y límite de la autoridad y competencia de los árbitros, hay algo

⁷⁶³ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*..., op. cit. pág. 141.

⁷⁶⁴ En nueva redacción dada por el artículo decimoctavo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. BOE. No. 266, del 04.11.2009.

⁷⁶⁵ MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentarios*,... op. cit. pág. 238. El art.722 LEC en redacción dada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE núm. 12, de 21.Mayo.2011) y Ley 13/2009, de 3 de Noviembre (BOE núm. 266, de 4.Noviembre.2009) de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

que las partes no pueden ceder porque no les pertenece, el poder de coacción necesario para la ejecución del laudo, que solo al Estado corresponde»⁷⁶⁶.

- 5) Respecto del conocimiento de la acción de anulación del laudo, se encuentra regulado en los artículos 40 y siguientes de la Ley 60/2003.
- 6) La decisión sobre la remoción de los árbitros, a solicitud de alguna de las partes, se produce cuando las partes no estén de acuerdo sobre su remoción, que se producirá por los trámites del juicio verbal; tal y como dispone el art. 19.1, a) de la LA.

Estos son los términos en que se expresa la LA, sin que por ello debamos entender esta relación de materias como un *numerus clausus*; quedando, no obstante, limitada la intervención jurisdiccional, «respetando la finalidad y naturaleza del arbitraje»⁷⁶⁷.

En este sentido se expresa el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de septiembre de 2003, sobre el Anteproyecto de LA; cuando dice que la intervención de los tribunales se reduce, en su caso a:⁷⁶⁸

- La designación de árbitros.
- Remoción de los mismos.
- Asistencia para la práctica de pruebas.
- Adopción de medidas cautelares.
- Anulación y revisión del laudo.
- Ejecución forzosa del mismo.
- Exequátur de laudos extranjeros.

Pero, además de todas estas materias, no debemos olvidar que a lo largo del articulado de la LA hemos encontrado otras, afectando al sentido y alcance del art. 7 LA, y son las siguientes:⁷⁶⁹

- La apreciación judicial de la inexistencia del convenio arbitral para rechazar la invocación de la declinatoria a que se refiere el art. 11 de la LA y que se

⁷⁶⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 140.

⁷⁶⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 140.

⁷⁶⁸ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003*... op. cit. pág. 140.

⁷⁶⁹ MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentarios*.... op. cit. pág. 243 *in fine*-244. El art. 8.1 Ley Modelo UNCITRAL dice «El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

encuentra regulada en los arts. 63 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por ser el acuerdo inexistente, inválido, nulo, ineficaz o de ejecución imposible, ya sea porque falte el consentimiento, la representación especial (art. 25.2.1º LEC), la causa negocial, el objeto, se vulneren leyes imperativas de la Ley 60/2003 (art. 8 Ley Modelo UNCITRAL).

- La sobrevenida del convenio arbitral al conflicto jurisdiccional planteado supone una forma de disposición del objeto del proceso que (pese a no estar regulada ni aludida en la LA 60/2003) puede producirse, originando una solicitud (de una o ambas partes) de terminación del proceso; que, a su vez, origine la desaparición del objeto del proceso, lo que implica, necesariamente, la intervención del juez, conforme a los arts. 19.1 y 25.2.1º, y art. 21 y concordantes, todos de la LEC, aunque se limite este a dar curso a la solicitud de las partes, constatando que estas tienen el poder de disposición sobre el objeto del proceso a través del arbitraje y que sus representantes tienen el poder especial suficiente para ello y así lo trasladen al órgano jurisdiccional. También la solicitud de terminación del proceso puede ser unilateral, con o sin oposición de las otras partes (especialmente si el convenio arbitral se ha negociado al margen de los actores del proceso judicial). En este caso, tanto la demostración de la existencia y validez del convenio arbitral y sus efectos en relación con el proceso judicial requerirán de un tratamiento incidental (o en conjunto con el proceso judicial) en el que se aplicarán los artículos y principios de la LA 60/2003.
- Y, finalmente (y pese a no estar contemplada en la LA), la autorización judicial a que se refiere el artículo 271.3º del Código Civil para que el tutor pueda someter a arbitraje cuestiones en que su tutelado estuviese interesado; según ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL «probablemente extensible a la actuación del padre respecto del hijo menor sujeto a su patria potestad (ex art. 166 del Código Civil)»⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ MARTÍN MUÑOZ, A. Y HIERRO ANIBARRO, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje...* op. cit. págs. 244-245, cuyo artículo en esta obra corresponde a ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS. «También aquí hay una intervención jurisdiccional no en el conflicto sometido a arbitraje (que probablemente es el alcance real del art. 7 de esta Ley, aunque insuficientemente expresado), pero sí en el arbitraje; y esa autorización judicial, cuyo procedimiento habrá que integrar con ayuda de los arts. 2011 y ss. de la LEC de 1881 (en vigor hasta la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria conforme Disposición Derogatoria única, núm. 1, excepción 1ª, de la Ley 1/2000, de 7 de enero), será a su vez objeto de control judicial si se invoca una declinatoria, si se pone fin a un procedimiento judicial por razón del posterior sometimiento a arbitraje, o si se pide en sede jurisdiccional el nombramiento de árbitros».

CAPÍTULO SEPTIMO

LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU INCIDENCIA EN EL CONVENIO ARBITRAL

Durante la elaboración de este trabajo, se publica la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles que, aunque se trate de un método autocompositivo completamente diferente de resolución de conflictos, incide directamente en la regulación del convenio arbitral, por lo que es obligatorio hacer un estudio breve necesariamente, al no haber aún jurisprudencia y la doctrina es escasa.

I. INTRODUCCION

A. La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos.

El Estado de Derecho tiene en nuestra Constitución la función de garantizar la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), lo que, entre otras cosas, supone que el Estado debe facilitar que los derechos de sus ciudadanos tanto a nivel individual como colectivo sean reconocidos y defendidos. Cuando surge un conflicto en torno a su derecho, corresponderá a un tercero, el juez estatal revestido de la *auctoritas* que el Estado le otorga, quien decidirá el conflicto. La forma de resolverlo dependerá de culturas; en el derecho anglosajón se basará en precedentes y en el derecho continental en leyes fijadas anteriormente. Además, el funcionario estatal mandará respetar su decisión por el *imperium* que el mismo Estado le concede. Este sistema suele ser de potestad y soberanía exclusiva del Estado en los estados modernos. Una explicación histórica y de política constitucional sobre ello excede al presente estudio del convenio arbitral.

No obstante lo anterior, los Estados han desarrollado otros sistemas (medios alternativos de resolución de controversias, MARC en francés, ADR en inglés) para restablecer los derechos conculcados, entre ellos:

- a. Medios de heterocomposición: como el arbitraje y la conciliación.
- b. Medios de autocomposición: la transacción, fruto de la actividad negociadora de las propias partes.

Ni la controversia judicial clásica ni los medios de heterocomposición han sido suficientes.

El sistema judicial clásico por ahora no garantiza siempre la tutela judicial efectiva. Desde hace unos treinta años, se viene discutiendo sobre la mediación⁷⁷¹ entre las partes «como verdadera ciencia en el ámbito de las relaciones políticas y jurídicas internacionales, precisamente en un espacio en el que la ausencia de ley común o de tribunales de jurisdicción universal requiere la superación de los principios tradicionales de administración de justicia».

Los métodos alternativos han avanzado de la mano de otras técnicas menos jurídicas, como son los métodos de negociación y de gestión de conflictos, ayudados por la psicología, donde, en muchos casos, las controversias no requieren de una decisión judicial impuesta que determine un ganador y un perdedor como en las batallas, sino de una real solución y pacificación del conflicto, sobre todo cuando se quiere seguir manteniendo una relación personal y directa en el futuro, como en el caso de las relaciones de familia.

La mediación, como forma de resolución de conflictos, lleva tiempo siendo eficaz en los sistemas anglosajones o de Common Law, pero no deja de ser innovadora en un sistema tradicional de administración de justicia continental como el nuestro, más confiada en la jurisdicción contenciosa y lenta a los cambios del sistema establecido, probablemente por un desconocimiento de lo que es. Como arriba hemos expuesto, una explicación de las causas excede este trabajo sobre el convenio arbitral.

La mediación es una técnica de pacificación de conflictos, y esto choca en un país como el nuestro con una cultura en la que los conflictos suelen ventilarse y resolverse en sede judicial. Prueba de ello es que preferimos hablar de litigio y pleito antes que de

⁷⁷¹ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en la jurisdicción civil y penal*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2007, pág. 10. En este sentido los autores ven el fin de la mediación como «la búsqueda de acuerdos justos en cuanto a la percepción subjetiva de los individuos que sufren el conflicto, útiles, prácticos, que aseguren una relación viable de futuro entre las partes, que faciliten el cumplimiento voluntario de los pactos y que preserven la salud mental de las personas que tienen la controversia de intereses y de las personas de su entorno que, secundariamente, se convierten en víctimas secundarias de aquella estrategia de ganadores y perdedores de la metodología judicial tradicional»

conflicto. En nuestra cultura, cuando se dicta sentencia se hace justicia, aunque la sentencia sea injusta. Cuando a esa misma solución se llega a través de una transacción o de un acuerdo de conciliación, se suele pensar que ha habido una derrota porque no se pudo vencer en juicio. Se vence o se pierde en el campo de batalla del sistema judicial, para muchos juristas «la mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria»⁷⁷².

Conceptualmente, la mediación es una «metodología de resolución de controversias, que gira en torno a la dialéctica de la racionalización del conflicto por parte de los propios ciudadanos que están inmersos en él»⁷⁷³. Para esta concepción tanto la sentencia judicial como el laudo arbitral son una decisión impuesta por un tercero de forma autoritaria y coactiva, mientras que el mediador no expresa ni impone su opinión, su papel consiste en restaurar la comunicación entre las partes y facilitar que ellas mismas sean las que en un ambiente distendido lleguen al nudo gordiano del problema, lo superen y lleguen a una solución. Aquí, en la mediación, no se imponen las decisiones como en el ámbito judicial, donde hay un vencido y un vencedor, sino que se busca entre todos la solución al problema.

Los detractores de la mediación la ven como una «metodología ingenua, ajena a la realidad y al mundo competitivo en el que se vive hoy»⁷⁷⁴. Sí que es cierto que la mediación no sirve para resolver todos los males de la administración de justicia ni es la solución en algunos conflictos. Está muy indicada para aquellas relaciones donde las partes van a seguir manteniendo relaciones (sean proveedores habituales de la empresa, compañeros de trabajo, familiares, vecinos cercanos, etc.) y por ello la sentencia o el laudo arbitral les separará aún más cuando no creará un rencor entre ellos. «La mediación ofrece en estos casos una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos, es un medio para que unos escuchen las razones de los otros y

⁷⁷² ANDREA GRACIOSI, citado por ORTUÑO MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...* op. cit. pág. 12.

⁷⁷³ ORTUÑO MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...* op. cit. pág. 12. Muchos mediadores prefieren el término «gestión del conflicto».

⁷⁷⁴ ORTUÑO MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...* op. cit. pág. 13. Los detractores de la mediación recuerdan al *homo homini lupus* de HOBBS, frente al *contrato social* de ROUSSEAU.

para que, en lo posible, pacten razonablemente una salida viable al problema en el que se encuentran»⁷⁷⁵.

B. La mediación, el arbitraje, la negociación y la conciliación. Similitudes y diferencias.

Hay otras técnicas o «figuras conceptualmente afines»⁷⁷⁶ a la mediación pero que usan otra metodología diferente, y son el arbitraje, la negociación y la conciliación.

a. Heterocompositivos

a.1. El arbitraje. El árbitro, es una especie de juez privado, es un tercero ajeno a las partes que resuelve en derecho o equidad, sin que aquellas racionalicen la causa personal del problema.

a.2. La conciliación. El juez intenta que se acerquen las posiciones de las partes. Su fracaso suele ocurrir porque las partes no suelen decir toda la verdad en esta fase ante quien luego las juzgará, ni el juez suele proponer soluciones sin prejuzgar.

b. Autocompositivos

b.1. La negociación. Son las mismas partes que quieren evitar el pleito interviniendo, con o sin sus abogados, pero no interviene un tercero experto en técnicas de comunicación (que es lo que distingue a la mediación de otros métodos).

b.2 La mediación. El tercero que aquí participa no juzga como en el arbitraje, ni concilia como el juez, no negocia como el abogado. El mediador es un experto en técnicas de comunicación, su papel es de aproximar a las partes a que racionalicen el conflicto entre ellas y ellas mismas intenten llegar a una solución justa y a la pacificación de la relación.

⁷⁷⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...* op. cit. pág. 13

⁷⁷⁶ ORTUÑO MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...* op. cit. pág. 13.

II. LA LEY 5 /2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS MERCANTILES Y CIVILES⁷⁷⁷

A. Objeto y fin de la ley.

El Gobierno, dando cumplimiento a la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, que obligaba a los estados miembros a regularizar la mediación transfronteriza, ha publicado la Ley 5 /2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos mercantiles y civiles (en adelante Ley de Mediación o LM), respondiendo a su objetivo principal: la regulación de la mediación para asuntos transfronterizos. La ley convalida el Real Decreto-Ley de 5 de marzo. El riesgo de sanción contra España y de expediente de infracción, por expiración del tiempo previsto de transposición, es la causa de la urgencia y de la fórmula legislativa elegida. Pero ha ido más allá y ha regulado la mediación civil y mercantil dentro del Estado español.

La Ley se presenta con una exposición de motivos, cinco títulos, veintisiete artículos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

El reto de la ley es que España, como un Estado de Derecho, pueda garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos⁷⁷⁸. El legislador español es consciente de que, desde los años setenta, en nuestro país los ciudadanos han recurrido a medios alternativos de resolución de conflictos como es la mediación «como instrumento complementario de la Administración de Justicia». Se presenta la mediación como una alternativa al arbitraje (y al proceso judicial)⁷⁷⁹; y el mediador se presenta como un

⁷⁷⁷ La ley fue publicada en el BOE núm. 162 de fecha 07.julio.2012, cuya Disposición Derogatoria deroga el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, publicado en el BOE núm. 56 de fecha 07.marzo.2012, rectificado por corrección de errores (BOE 16 marzo) vigente desde el 7 de marzo de 2012 hasta el 27 de julio de 2012; véase Resolución de 29 de marzo de 2012 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 11 abril).

⁷⁷⁸ «Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna, y a la vez, compleja» de la Exposición de Motivos de la Ley.

⁷⁷⁹ «Entre la ventajas de la mediación es de destacar su capacidad de dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad», de la Exposición de Motivos de la Ley.

facilitador de la resolución de un conflicto, pero son las partes las que controlan el final del mismo.

El título primero recoge unas disposiciones generales sobre el concepto de la mediación, su campo de aplicación nacional o en conflictos transfronterizos, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones de reclamación, y unas reglas generales sobre las instituciones de mediación. El título segundo recoge los principios generales informadores de la mediación (el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad), a estos principios se suman unas reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación (la buena fe y el respeto mutuo) así como su deber de colaboración y apoyo al mediador. El título tercero regula el denominado estatuto del mediador, los requisitos mínimos para poder actuar como mediador, su formación, etc. Remitiéndose a una futura reglamentación sobre los estudios. El título cuarto regula las bases del procedimiento de mediación, sus fases y su terminación con o sin acuerdo. El título quinto regula la ejecución del acuerdo de mediación con la especificidad de ser un título ejecutivo de los contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando ha sido elevado a escritura pública; igualmente regula la homologación del acuerdo de mediación ante un juez y los juzgados competentes para ejecutarlos. Las disposiciones adicionales y finales recogen adecuaciones de la legislación procesal al procedimiento de mediación, así como las instituciones que pueden ser sedes de mediación, incorporación de normas de la Unión Europea a la legislación nacional, el procedimiento abreviado electrónico.

Por otra parte, el legislador ha aprovechado la presente ley para aclarar la forma de acceso a las profesiones de abogado y procurador, lo que es ajeno a este trabajo.

B. Supletoriedad y armonización con otras legislaciones.

La ley no se limita a las normas mínimas necesarias para fomentar y regular la mediación en los asuntos transfronterizos sino que trata de establecer de «forma tímida y prudente» lo que la propia norma denomina unas bases aplicables a toda mediación civil y mercantil que tenga lugar en España y pretenda tener efecto jurídico vinculante, dentro de un modelo respetuoso con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional del 2002 y de la

legislación sobre mediación ya existente en muchas Comunidades Autónomas a las que complementa.⁷⁸⁰

Un aspecto importante de la Ley es desvincularla de su labor de desatascar la carga de los tribunales, tratando de eliminar de su entrono los asuntos «menores», que era la línea seguida por el proyecto de ley al establecer el carácter obligatorio del recurso a la mediación en las reclamaciones de cantidad (pese al fracaso de la conciliación obligatoria en otros ámbitos, como el laboral). La Exposición de Motivos de la Ley recuerda que la mediación es una fórmula de autocomposición, dirigida a la paz jurídica, que concibe el sistema público de administración de justicia como el último recurso para solventar los problemas cuando las partes no han podido resolverlo entre ellas, con o sin intervención de un tercero.⁷⁸¹

Armonización de legislaciones autonómicas: La Ley deja abierto un tema de debate como es la compatibilización de la misma con las Comunidades Autónomas, a pesar de lo que establece la Exposición de Motivos⁷⁸². Aunque la regulación es abierta, esa compatibilización dependerá de las interpretaciones que en su día haga el Tribunal Constitucional. Hubiera sido ideal, desde un punto de vista de técnica legislativa, que se declarase expresamente supletoria en este caso, y que además preceptuase la necesidad de cumplir las regulaciones autonómicas con los preceptos de esta Ley.⁷⁸³

Si las partes no se han sometido expresa o tácitamente a la Ley, esta será de aplicación cuando al menos una de ellas tenga su domicilio en España y la mediación se realice en España (cfr. art. 2).

La Ley llena un vacío actual en España: cuál es la ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, asegurando su conexión con la jurisdicción ordinaria. Además «conforma un régimen general aplicable a toda

⁷⁸⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012, en www.diariolaley.es, año XXXIII, núm. 7828 29.marzo.2012

⁷⁸¹ «La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias, cuando el conflicto jurídico afecta a los derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia» (Exposición de Motivos II, LM).

⁷⁸² «La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias» (Exposición de Motivos III in fine, LM).

⁷⁸³ También la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre se declara supletoria de otras legislaciones, cf. art. 1.

mediación que tenga lugar en España, y pretende tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles», tomando como modelo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002.

No deja de plantear problemas la aplicación de este artículo 2 de la Ley de Mediación combinado con el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, para los casos en que sea aplicable la legislación española de mediación pero no lo sea la de arbitraje, cuando ni en el pacto de sometimiento a mediación ni en el convenio arbitral se establezca la legislación aplicable, pues entonces tienen que entrar en juego las reglas a falta de acuerdo (si las partes han pactado la legislación aplicable no vemos mucho problema, pues ambas legislaciones, tanto la de mediación como la de arbitraje dejan libertad de sometimiento a legislación). Esto podría plantear problemas sobre materias que en algunas legislaciones son disponibles y en otras no, o se es capaz en unos lugares y en otros no, o el convenio requiera de otros requisitos, o afecte al orden público.

III. CONCEPTO, MODELO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

A. Concepto de mediación

La Exposición de Motivos de la Ley reconoce la variedad y riqueza que «el movimiento mediación» encierra en sí mismo, aceptando diferentes denominaciones, modelos, enfoques, aproximaciones, filosofía, ideologías, y objetivos. La definición que ofrece y los principios que establece recoge la esencia del proceso de toma de decisiones en que la mediación consiste:

1. la voluntariedad, la libre decisión y solución del conflicto por las propias partes.
2. La intervención proactiva de un mediador orientada a la solución de la controversia por las propias partes.

El artículo 1 de la Ley de Mediación⁷⁸⁴ define la mediación como un medio de solución de controversias en el que dos o más partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un tercero llamado mediador; por su parte el art. 13.2 establece que la conducta del mediador tenderá a lograr el acercamiento entre las partes⁷⁸⁵ conforme a los principios de la Ley, pero no menciona la palabra «acuerdo», ni tampoco lo hace al desarrollar la actividad del mediador. Resulta acertada esta forma, pues «en otras legislaciones se pone como objetivo de la mediación el acuerdo, con lo que se desnaturaliza su propósito: que las partes puedan disponer su conflicto como mejor les parezca, sin estar presionadas por el mediador o por el contexto para alcanzar el acuerdo (del que quizás no estén del todo convencidas)»⁷⁸⁶.

Aunque, conforme a su artículo 2, la Ley de Mediación no se aplicará a la mediación penal, laboral, de consumo ni Administraciones Públicas, sí que los principios

⁷⁸⁴ Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

⁷⁸⁵ Artículo 13. Actuación del mediador:

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.
2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respecto a los principios recogidos en esta Ley.

⁷⁸⁶ BUSTELO, Daniel y LAMM, Christian, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en www.diariojuridico.com/opinion, 01.abril.2012, pág. 1

pueden inspirar una mediación para ellos. En esto se aparta de la ley de arbitraje, que sí se aplica a la materia de consumo y a la de Administración Pública.

En este caso, resulta que las partes no podrán pactar una mediación previa en un contrato que ofrezca un convenio arbitral en materia de consumo. Esto parece fácil, pero imaginemos un contrato de marco general o de general *agreement*, sin especificación de materias donde las partes establecen que todas las controversias se someterán a una mediación previa; si en un futuro una de esas controversias versa sobre consumo, habrá que aplicar las reglas de competencia, y será un juez civil el que decidirá cómo se resuelve, por la vía del artículo 10 de la presente ley de mediación y el artículo 66 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (modificado por la disposición final segunda de esta misma Ley de Mediación 5/2012).

Lo mismo puede ocurrir con alguna materia que esté en lugar gris, como un desahucio o de una impugnación de acuerdos sociales donde no se recoja nítidamente en los estatutos sociales, quizá quepa la mediación pero no el arbitraje, y sin embargo las partes han pactado sometimiento a mediación y a arbitraje. Pues serán de aplicación las reglas sobre competencia indicadas *ut supra*.

Respecto a las controversias, al igual que la Ley de Arbitraje, son las surgidas o que puedan surgir⁷⁸⁷.

B. Modelo de mediación.

La ley estructura la mediación en torno a tres ejes:

1. La desjudicialización de determinados asuntos.
2. La deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto.
3. La desjuridificación de la regulación del acuerdo, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

⁷⁸⁷ Pero hay una clara diferencia pues la ley de arbitraje dice en su artículo 2 que las controversias son sobre «materias de libre disposición conforme a derecho»; nos parece que lo mismo se puede aplicar a la mediación, hay materias que se pueden pactar pero de ellas, por alguna razón, no se puede disponer. Sobre esto nos remitimos a lo estudiado en este trabajo sobre las materias objeto de arbitraje.

La Ley de mediación se refiere a la mediación de los conflictos transfronterizos, cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas⁷⁸⁸.

C. Principios informadores de la mediación

El título II de la ley regula estos principios:

1. Voluntariedad y libre disposición. La voluntariedad se manifiesta tanto en la decisión de iniciar el proceso como de mantenerse en el mismo y en la decisión de aceptar o concluir un acuerdo (art. 6.1 y 3 LM)⁷⁸⁹.
2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En sus intervenciones, en el respeto hacia los respectivos puntos de vista, en el equilibrio de sus posiciones. En el deber del mediador de establecer las pertinentes garantías que preserven la igualdad, no pudiendo actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas (art. 7 LM).
3. Neutralidad. Las partes deben alcanzar por sí mismas un acuerdo, mientras que el mediador es solo un facilitador (a diferencia total de los árbitros que sí deciden la controversia).
4. Confidencialidad⁷⁹⁰. Todo lo que ocurre en el procedimiento y la documentación que se utilice es estrictamente confidencial, este deber recae sobre todos los intervinientes, partes, mediador, peritos, abogados... Ninguno está obligado a declarar o aportar documentación en un arbitraje (o en un procedimiento judicial), sobre la información derivada de una mediación sobre la misma. Acorde con los principios de libre disposición y

⁷⁸⁸ La ley se remite a los artículos 59 y 60 del Reglamento CE Nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Según el cual será el tribunal de un Estado miembro aplicando sus reglas quien determinará si una parte, persona física, está domiciliada en un Estado miembro; en el caso de las personas jurídicas contiene reglas para determinar su domicilio según el lugar donde la misma tenga su sede estatutaria, administración central o actividad principal.

⁷⁸⁹ Es claro en esto el art. 6.3 de la LM «Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo». «Nadie» son tanto las partes como los mediadores. Aquí la mediación se diferencia del arbitraje donde las partes no pueden abandonar el proceso iniciado. Por lo demás, los principios de voluntariedad y libre disposición, igualdad entre las partes, imparcialidad de los mediadores y árbitros, neutralidad y confidencialidad rigen tanto para la mediación como para el arbitraje

⁷⁹⁰ Ídem que el art. 24.2 de la Ley de Arbitraje 60/2003 «los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales».

autodeterminación, las partes pueden dispensar de esta obligación en el grado y medida que consideren. Solo un juez penal en resolución judicial motivada puede solicitar información relativa al proceso de mediación. La infracción del deber de confidencialidad será generadora de responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, pero «no se concretan, lo que hubiera sido deseable como garantía de eficacia inmediata en un aspecto de tanta importancia»⁷⁹¹.

D. Objeto de la mediación

Pueden ser objeto de mediación las controversias ya existentes o las futuras⁷⁹² cuando las partes así lo pacten por escrito, en cuyo caso se debe intentar la mediación antes de acudir a cualquier otra vía de solución judicial o extrajudicial (v. gr. el arbitraje), incluso en el caso de que la controversia verse sobre la validez o existencia del propio contrato en el que se establezca la cláusula de sometimiento a mediación, acorde con la autonomía de la voluntad de las partes. También pueden ser objeto de mediación los conflictos transfronterizos. Y siempre que esas controversias sean materias disponibles, esto es, «que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable» (art. 2.1. LM).

⁷⁹¹ GARCÍA ÁLVAREZ, R., *La mediación civil y mercantil...* op. cit.... pág. 1

⁷⁹² El art. 6.2 de la LM dice: «Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir». Por lo tanto el objeto del pacto de mediación son las controversias ya nacidas o que puedan nacer en asuntos civiles y mercantiles y que no sean materia penal, laboral, de consumo o con las Administraciones Públicas (art. 2.2 LM). Además, ese pacto debe ser «por escrito», siendo aquí la norma más estricta que en el convenio arbitral. Nos remitimos al estudio sobre este aspecto en este trabajo.

IV. LAS PARTES EN LA MEDIACIÓN

Las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, controlan no solo el resultado, sino que pueden diseñar y organizar el proceso por sí mismas en la forma que tengan por conveniente respetando los principios básicos (igualdad, equilibrio, respeto mutuo, neutralidad del mediador, art. 10.1 LM)⁷⁹³.

En cualquier caso deben actuar conforme a los principios generales inspiradores de buena fe y respeto mutuo, «lo que se podría traducir en términos prácticos en trabajar con un espíritu de cooperación abierto y encaminado a la búsqueda de una resolución negociada de la controversia, colaborando y apoyando al mediador».

Por eso, durante la mediación no podrán interponerse entre sí ninguna reclamación judicial o extrajudicial (suspensión del arbitraje) en relación con el objeto, y, si se inicia, las partes pueden invocar mediante la declinatoria que se está intentando resolver la disputa mediante la mediación, lo que impide al órgano judicial conocer la controversia (art. 10.2 y 3 y 63.1 de la LEC). Por ello, el art. 4 LM ordena la suspensión de la prescripción y caducidad de las acciones.

⁷⁹³ La LM trae «las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como el deber de colaboración y apoyo al mediador». (Exposición de Motivos IV de la LM).

V. EL MEDIADOR Y LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

A. EL MEDIADOR

Puede ser mediador⁷⁹⁴ toda persona en pleno ejercicio de sus derechos civiles si no lo impide una incompatibilidad profesional.

Formación de mediadores:

Se requiere título universitario⁷⁹⁵ (que no exigía el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo y sí el Proyecto de Ley) y debe contar con formación específica adquirida en cursos impartidos por instituciones acreditadas. En conocimientos, prácticos y teóricos, jurídicos, psicológicos, técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación y ética de mediación. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia y de las Administraciones Públicas competentes, regulará la duración y contenido mínimo de los cursos y su formación continua (cf. art. 12 LM). Todo ello garantizará una buena profesionalidad, pues la clave del éxito de la mediación radica en contar con buenos mediadores. Actualmente estamos estrenando esta ley y las buenas experiencias que concurren prestigiarán esta institución. La mediación no es una simple suma de técnicas. En muchos países la carga horaria de los cursos es exigente⁷⁹⁶.

El mediador debe suscribir un seguro o garantía equivalente, que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación. Si el mediador no cumple el encargo encomendado al aceptar la mediación, incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios por mala fe (arts. 11.3 y 14 LM).

⁷⁹⁴ La figura del mediador es «la pieza esencial del modelo [...] puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes» (Exposición de Motivos III LM). Al árbitro no se le exige una preparación específica

⁷⁹⁵ El art. 11 establece: «El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional».

⁷⁹⁶ La Ley austríaca de mediación establece una formación para mediadores de al menos 365 horas; la federación alemana de instituciones de mediación (Bundesverband Mediation; www.bmev.de) exige 200 horas.

B. LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

Las instituciones o servicio de mediación⁷⁹⁷ son las entidades públicas o privadas o las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, que debe verificarse en forma transparente dando publicidad a los que actúen en su ámbito, informando al menos de su formación, especialidad y experiencia⁷⁹⁸.

Estas instituciones o servicios de mediación deberán estar reconocidas por las Administraciones Públicas⁷⁹⁹, y entre sus fines deberá figurar el servicio de mediación (art. 5.1 LM).

Si una misma institución presta al mismo tiempo ambas funciones de mediación y de arbitraje, la Ley de Mediación exige la separación de ambas actividades (cfr. art. 5 LM)⁸⁰⁰. Entre estas instituciones merece destacar las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y los Colegios Profesionales, por el gran papel que han desempeñado en nuestro país en los servicios de asistencia profesional a empresarios⁸⁰¹.

Estas instituciones de mediación deberán ofrecer servicios de mediación por medios electrónicos, especialmente en las reclamaciones dinerarias. La LM en este aspecto no es tan explícita como el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, pero nos remitimos a lo allí comentado sobre las nuevas tecnologías, y la legislación vigente sobre el tema, que entiendo aplicable perfectamente a la mediación.

La actuación del mediador en el proceso de mediación debe ser (art. 13 LM):

⁷⁹⁷ La Disposición Final Quinta de la Ley de Mediación prevé la posible creación por el Gobierno de un futuro Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, que dependerá del Ministerio de Justicia y se coordinará con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas.

⁷⁹⁸ Los servicios e instituciones de mediación «tienen un papel muy relevante» y «desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación» (Exposición de Motivos III LM).

⁷⁹⁹ Como la Disposición Adicional Primera no distingue qué tipo de Administración Pública debe dar su reconocimiento, entendemos que podrá ser la estatal, autonómica, y probablemente local (pues en muchos pueblos pequeños quizá sea en los propios Ayuntamientos donde haya un servicio de mediación).

⁸⁰⁰ A mi entender si una de las partes ha usado una institución de mediación que presta ambos servicios, aunque sean separados, para una mediación o un arbitraje, será muy difícil que pueda usar esa misma institución o a alguno de sus profesionales en el futuro con la misma parte o con otra, por las estrictas reglas de imparcialidad y confidencialidad que la norma contempla, [cfr. arts. 9 y 13.5.c) LM]. De ese buen hacer se hace eco el art. 5.3 de la LM que ordena a los poderes públicos que velen para que estas instituciones de mediación respeten los principios de la LM.

⁸⁰¹ La Disposición Final Primera de la LM reforma la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, para incluir entre sus funciones las de mediación, junto a las de arbitraje y puedan actuar como instituciones de mediación.

1. Facilitar la comunicación entre las partes, tendiendo a lograr el acercamiento entre las partes.
2. Velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. Las partes pueden estar asistidas por abogado; respetando los principios de equilibrio e igualdad de oportunidades y posiciones, respeto y cooperación.

El mediador es libre para renunciar a desarrollar o continuar la mediación. Debe interrumpirla si concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad, y por ello antes de iniciarla o continuarla debe revelar a las partes esas circunstancias, que incluyen:

- a. Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial, con una de las partes.
- b. Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; lo que incluye la prohibición de pactar honorarios vinculados al resultado de la mediación.
- c. Haber actuado anteriormente el mediador o un miembro de su organización a favor de una de las partes en cualquier circunstancia⁸⁰² con excepción de la mediación (v. gr. en un arbitraje). «Si bien la norma solo menciona a la actuación “a favor” de las partes, debe entenderse que comprende la actuación “en contra”»⁸⁰³, así v. gr. un abogado que haya intervenido con anterioridad, en cualquier circunstancia, en un arbitraje (o en juicio), a favor o contra de una de las partes, estaría impedido para actuar posteriormente como mediador.

Parecida incompatibilidad recae sobre el perito que haya intervenido en una mediación o arbitraje sobre el mismo asunto (cfr. Disposición Final Tercera LM que modifica el art. 335.3 LEC).

En los casos en que concurren en el mediador circunstancias que afecten a su imparcialidad, solo podrá actuar si lo comunica a las partes, estas lo aceptan y asegura poder seguir con imparcialidad. Y deberá informar de toda circunstancia sobrevenida que afecte.

⁸⁰² El art. 13. 4 de la LM dice: «El mediador deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad». A mi entender, la norma es estricta, no basta para excluirse que el mediador hubiese actuado directamente en un arbitraje con una de las partes, si no también indirectamente, de tal manera que hubiese intervenido en algún proceso con anterioridad: «cualquier circunstancia». Posiblemente en el futuro los códigos de conducta que menciona la Ley de Mediación y la jurisprudencia irán perfilando este aspecto vía impugnaciones de acuerdos.

⁸⁰³ GARCÍA ÁLVAREZ, R., *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012...* op. cit. pág. 1.

La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes al mediador solo produce la terminación del procedimiento si no se llega a nombrar un nuevo mediador (art. 22.2 LM).

En este sentido la doctrina propugna la elaboración de un código deontológico propio⁸⁰⁴.

El mediador está obligado a desempeñar su deber con fidelidad y responderá de su actuación por los daños causados por mala fe, temeridad o dolo⁸⁰⁵. El perjudicado tendrá acción contra él y la institución de mediación, sin perjuicio de la acción de repetición de esta contra aquel (art. 14 LM).

Salvo pacto en contrario, el costo de la mediación y de los honorarios de los mediadores se divide en partes iguales con independencia del resultado. Se puede exigir provisión de fondos, que si no se atiende por alguna de las partes puede dar lugar a la terminación de la mediación (art. 15 LM).

La redacción de los artículos 14 y 15 *ut supra* de la Ley de Mediación son copia del artículo 21 de la Ley de arbitraje 60/2003, y nos remitimos a lo en ella estudiado.

⁸⁰⁴ «Como compromiso de comportamiento ético deben fomentarse la elaboración de códigos de conducta voluntarios así como la adhesión de los mediadores y de las instituciones de mediación a los mismos». GARCÍA ÁLVAREZ, R., *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012...* op. cit. pág. 1.

⁸⁰⁵ Baste aquí referirse a la responsabilidad civil contractual del artículo 1101 del Código Civil y a la inmensa doctrina y jurisprudencia al respecto.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN⁸⁰⁶

Estos trámites se deben seguir cuando la mediación verse sobre materias de Derecho Civil, competencia del Estado, y de Derecho Mercantil. Las agrupamos en dos etapas: premediación y mediación:

A. PRE-MEDIACIÓN:

1. Solicitud de inicio.

El procedimiento se inicia a petición de las dos partes de común acuerdo, incluyendo:

- a. La designación del mediador o institución⁸⁰⁷.
- b. El lugar de la mediación.
- c. La lengua del procedimiento.

También puede iniciarse a petición de una de las partes en cumplimiento de un pacto ya existente de sometimiento a mediación⁸⁰⁸. La solicitud se formula ante el mediador o institución de mediación propuesta y pueden actuar varios mediadores de forma coordinada (art. 16 y 18 LM).

Suspensión de plazos legales y judiciales: se establece que la solicitud de mediación suspende los plazos de prescripción o la caducidad de las acciones, que se prolonga hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta

⁸⁰⁶ Conforme a los principios de voluntariedad, autonomía y flexibilidad el art. 10 LM dispone que «la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente [...] conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo». Semejantes ideas contiene el artículo 25 de la Ley de Arbitraje 60/2003 «las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones».

⁸⁰⁷ El art. 18.1 de la LM se refiere a un mediador o a varios mediadores, pero no obliga a que el número sea determinado o sea par o impar como sí lo hace el art. 15 de la Ley de Arbitraje 60/2003 al establecer que sean uno o tres árbitros. Tampoco la LM habla del mediador sustituto como sí lo hace el art. 20 de la LA al hablar del árbitro sustituto. Tampoco la LM menciona los motivos de abstención y recusación como sí lo hace el art. 17 de la LA.

⁸⁰⁸ Nada impide que en el convenio arbitral las partes acuerden el sometimiento previo a mediación. Conceptualmente son dos contratos distintos, el de mediación y el convenio arbitral, de naturaleza distinta. La cuestión no es baladí, cuando en un acuerdo entre partes haya tres contratos: el contrato principal base de la negociación entre las partes, un contrato de mediación y un convenio arbitral; los tres autónomos, de tal manera que la nulidad de uno no será causa de la nulidad del otro. Ahora bien, dado el principio Kompetenz-Kompetenz, ¿podrán los árbitros declarar la nulidad de un convenio de mediación inserto en un contrato principal junto con un convenio arbitral para dirimir sus controversias? Entiendo que sí, porque las partes decidieron sustraerse a la jurisdicción ordinaria en este aspecto.

final o se produzca la terminación por otra causa. El cómputo del plazo se reanuda si no se firma el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales desde la fecha de la solicitud (cfr. art. 4 LM). Esto afecta, por ejemplo, para iniciar los plazos de un futuro arbitraje.

Durante el tiempo que se desarrolle la mediación, las partes no podrán interponer ninguna acción judicial ante los tribunales ni podrán iniciar un arbitraje. Los tribunales se abstendrán de conocer las reclamaciones siempre que el demandado lo invoque mediante la declinatoria (art. 10.2 LM). Es la misma excepción regulada por el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003.

No hubiese estado de más que el legislador hubiese añadido un artículo semejante al art. 7 de la Ley de Arbitraje 60/2003 señalando la no intervención de los tribunales durante el procedimiento de mediación. Tampoco caben aquí las medidas de apoyo judicial ni las medidas cautelares existente en la Ley de Arbitraje.

«Como no se fija un plazo máximo de mediación (como lo hacía el Proyecto de Ley anterior), dicha suspensión es sine die, lo que parece una medida acertada»⁸⁰⁹.

2. Sesión informativa

Recibida la solicitud, se citará a las partes a una sesión de información general; esta sesión puede ser eliminada por pacto entre las partes. La información a proporcionar debe comprender:

- a. Posibles causas que afecten a la imparcialidad, detalles sobre su trayectoria profesional, formación y experiencia.
- b. Las características de la mediación.
- c. Coste de la mediación.
- d. La organización del procedimiento.
- e. Las consecuencias jurídicas del acuerdo.
- f. El plazo para firmar el acta constitutiva.

⁸⁰⁹ BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pág. 2.

La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entiende como desistimiento de la mediación solicitada. Esta información no es confidencial (cfr. art. 17.1 LM) y se puede usar en un posterior arbitraje.

3. Sesión constitutiva

El procedimiento se inicia mediante una sesión constitutiva, en la que las partes por escrito deben dejar constancia de su acuerdo expreso de sometimiento a la mediación, mencionando los siguientes puntos mínimos, sin descartar otros:

1. Identificación de las partes.
2. Designación del mediador o institución y aceptación del designado.
3. Objeto del conflicto que se somete a mediación.
4. Programa de actuaciones y duración máxima prevista, aunque se pueda modificar.
5. Coste de la mediación y fórmula de cálculo.
6. Declaración de aceptación de las partes de la mediación y asunción de las obligaciones que de ella se derivan⁸¹⁰.
7. Lugar de celebración y lengua del procedimiento.

⁸¹⁰ Esta afirmación es *mutatis mutandi* semejante a la que se emplea en el convenio arbitral y que la jurisprudencia entiende superficial por reiterativa, puesto que se da por sentado la aceptación del resultado al someterse a arbitraje, en este caso a la mediación. Nos remitimos a lo estudiado en este aspecto en el convenio arbitral. Sin embargo, opina en contra GASPAR LERA, SILVIA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Edit. Aranzadi, 1998, págs.. 77-78, que analizando el inciso final de la frase del derogado art. 5.1 de la LA (1988) que exigía que el convenio arbitral *expresase la obligación de cumplir tal decisión*, esto es, el laudo, este requisito era intranscendente para el arbitraje pero no para la mediación, puesto que en la mediación la decisión del mediador no puede obligar a las partes a menos que ellas lo consientan. En ese sentido vide la jurisprudencia y los comentarios de PILAR PERALES VISCASILLAS en las notas 19 y 20 *ut supra*.

B. MEDIACIÓN

1. Desarrollo de las actuaciones o sesiones de mediación

La duración viene determinada por las necesidades de las partes, si bien debe ser lo más breve posible concentrándose en el mínimo número de sesiones⁸¹¹. Las partes deben ser convocadas a cada sesión con antelación suficiente. Las sesiones se organizan según la conveniencia de las partes, son dirigidas por el mediador, que facilita que las partes se comuniquen y expongan sus posiciones de forma igual y equilibrada. Las sesiones con el mediador pueden ser privadas (caucus), comunicándolo el mediador a las demás partes, respetando la confidencialidad, salvo autorización (art. 21 LM).

Si las partes lo deciden, todas o alguna de las actuaciones de mediación puede ser por medios electrónicos, si se garantiza la identidad de las partes y el respeto a los principios de la Ley de Mediación (art. 24 LM). En este sentido puede ser de interés lo estudiado en este trabajo para el convenio arbitral sobre los medios electrónicos, fax, email, etc.

2. Terminación del procedimiento.

El procedimiento de mediación puede terminar con o sin acuerdo. En ambos casos, se devuelven a las partes los documentos aportados. El resto los conserva el mediador por un plazo de seis meses, pasado el cual se destruyen. Se redacta en ambos casos un acta final, que determina la conclusión del procedimiento y en la que se reflejan los acuerdos alcanzados o la causa diferente de terminación, firmada por todas las partes y el mediador.

La mediación termina sin acuerdo cuando:

- a. Alguna de las partes ejerce su derecho a dar por terminadas las actuaciones.

⁸¹¹ Según reza el art. 20 LM. La redacción de este precepto, por el que las partes disponen de un tiempo *sub specie aeternitatis* (como diría Baruc Spinoza) solo se comprende si se entiende la mediación como una fase extra-procesal, por la que las partes negocian y se entienden entre ellas sin que haya definida aún una controversia ni litigio. Por eso, entiendo, la redacción de este precepto no puede ser similar a la del art. 37 de la Ley de Arbitraje 60/2003, que obliga a los árbitros a dictar laudo en el plazo marcado por las partes y a falta de pacto en el plazo de seis meses prorrogable por los propios árbitros por otros dos; y si tampoco en ese tiempo han dictado laudo cesará el procedimiento arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre ellos; en cualquier caso hay una fecha cierta de fin. Salvo para reclamaciones de cantidad, en cuyo caso la mediación tiene día final.

- b. Transcurso del plazo máximo establecido.
- c. Cuando el mediador aprecie que las posiciones de las partes son irreconciliables⁸¹².
- d. Renuncia del mediador o rechazo de las partes si no se nombra uno nuevo.
- e. Cualquier otra causa determinada.

3. Reclamación de cantidad.

Quando el conflicto tenga por objeto una reclamación de cantidad que no exceda de € 600 existe la posibilidad de realizar el procedimiento, en todo o en parte, por medios electrónicos⁸¹³ (cfr. art. 24.2 LM), salvo que una parte no tenga acceso a un ordenador, lo cual no será frecuente. Y siempre que no sea materia de consumo que está excluida de esta ley.

⁸¹² Este motivo es parecido al regulado en el art. 38.2.c) de la Ley de Arbitraje 60/2003: «Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando...Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible».

⁸¹³ La disposición final séptima de la Ley de Mediación da el mandato al Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, para promover la resolución de conflictos que versen sobre «meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos», con unos formularios de solicitud de procedimiento facilitados por las instituciones de mediación y que «tendrá una duración máxima improrrogable de un mes» a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación. No está claro si estas cantidades serán las que no excedan de € 600 que menciona el art. 24.2 de la LM o podrán ser de otras cantidades superiores; en cualquier caso, en coherencia con el art. 539.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, precisamente reformado por la disposición final tercera número 17 de esta misma LM, pienso que deberían ser cantidades inferiores a € 2000. Habrá que esperar a su desarrollo reglamentario

VII. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo de mediación puede recaer sobre todas o algunas de las materias sometidas a mediación. En el acta final se reflejarán los acuerdos de forma comprensible. El acuerdo debe constar por escrito y se puede redactar en la sesión de cierre de la mediación o con posterioridad, firmado por las partes o sus representantes y el mediador en el plazo máximo de diez días desde el acta final. Se entrega una copia a cada parte y al mediador (cfr. art. 23 LM).

A. REQUISITOS DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo debe reunir los siguientes requisitos:

1. Identidad y domicilio de las partes.
2. Lugar y fecha de suscripción.
3. Obligaciones asumidas por cada parte.
4. Declaración de haberse seguido un procedimiento de mediación conforme a la Ley.
5. Indicación del mediador o mediadores o institución.

B. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

El Acuerdo de mediación como título ejecutivo queda sujeto al régimen general de validez y eficacia del Código Civil.

Sin embargo, la ley permite formalizar el acuerdo de mediación como un título ejecutivo, conforme lo regula la LEC⁸¹⁴, exigiéndose para ello su elevación a escritura pública ante notario acompañando las copias de las actas de la sesión constitutiva y final; aplicándose los aranceles de documento sin cuantía⁸¹⁵. «Lo que permite dar fecha cierta al acuerdo, certifica la identidad de las partes y, en su caso, las facultades de representación

⁸¹⁴ La disposición final tercera de la LM modifica varios artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para adecuarla a la LM, al incluir esta ley procesal el acuerdo de mediación elevado a escritura pública como un nuevo título ejecutivo

⁸¹⁵ La disposición adicional tercera de la LM establece que el acuerdo de mediación sea considerado documento sin cuantía para al arancel de notarios aprobado por Real Decreto 1426/1989, de 17 noviembre.

que ostenten»⁸¹⁶. Sin embargo, en otras legislaciones, basta la firma del mediador y de las partes para que el acuerdo sea ejecutable.

No deja de llamar la atención que el legislador español eliminase en la Ley de Arbitraje 60/2003 la obligación de elevar a escritura pública un laudo arbitral, dejándolo como facultativo (cfr. art. 37.8 LM), y se exija ahora para el acuerdo de mediación. La explicación puede que radique en la función meramente facilitadora de los mediadores frente a la función decisora de los árbitros.

C. CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN POR PARTE DEL NOTARIO

El notario que eleva el acuerdo a escritura pública verificará que se cumplen los requisitos de la ley y que su contenido es conforme a derecho. Se presenta aquí la duda cuando el notario no sea experto en alguno de los temas que se planteen, o se encuentre ante zonas grises del derecho; para BUSTELO y LAMM «hubiera sido mejor que el Decreto-Ley estableciera lo contrario, esto es, que el notario no esté obligado a verificar si el contenido del acuerdo es o no contrario a derecho»⁸¹⁷.

Así, por ejemplo, en el campo de la mediación en asuntos familiares, la experiencia dice que los acuerdos a los que llegaban las partes con frecuencia eran rechazados por fiscales o jueces, que hacían interpretaciones muy restrictivas de la ley y no tenían en cuenta los intereses de las partes. Ello hacía que estas finalmente llegaran a acuerdos menos queridos y, en consecuencia menos sustentables. Ese es el gran enemigo de la autocomposición y del cumplimiento posterior de los acuerdos: transferir total o parcialmente la responsabilidad de las partes de encontrar una solución a un tercero, sea quien sea⁸¹⁸.

D. EJECUCIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

⁸¹⁶ BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pág. 1.

⁸¹⁷ BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pág. 2

⁸¹⁸ «Consideramos que era suficiente (haciendo honor al principio de autocomposición de las partes) la disposición del art. 13.1º del Decreto-Ley (de la Ley) donde en claro conocimiento del concepto de mediación se establece que “el mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de información y el asesoramiento suficientes”, transfiriendo la responsabilidad de obtener el debido asesoramiento jurídico a las partes involucradas». BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pág. 2

La competencia para su ejecución corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar de la firma del acuerdo de mediación (art. 26 LM y art. 545 LEC).

Si el acuerdo se ha logrado en una mediación relativa a un conflicto en sede judicial, las partes solicitarán la homologación del acuerdo conforme a la LEC, siendo competente el mismo juzgado para la ejecución del acuerdo (art. 26 LM).

Si el acuerdo de mediación ha sido dictado en otro Estado miembro, podrá ejecutarse en España en los siguientes casos:

- a. Si el acuerdo ya hubiere adquirido fuerza ejecutiva en ese Estado podrá ser ejecutado en España «cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas» (cfr. art. 27 LM). Serán los jueces, secretarios judiciales, notarios, cónsules, y asimilados entre los que tienen fe pública⁸¹⁹.
- b. Si el acuerdo no es declarado ejecutable por la autoridad extranjera, será ejecutable si se eleva a escritura pública ante notario español a solicitud de una o ambas partes⁸²⁰.

El juez ordinario paralizará la ejecución si el acuerdo de mediación es contrario al orden público español (cfr. art. 27.3 LM)⁸²¹, o sea, contrario a Derecho (cfr. art. 28 del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que luego no apareció en la LM, Ley 5/2012, de 6 de julio, BOE 7 de julio).

⁸¹⁹ Habrá que estar a la casuística concreta para otros fedatarios públicos que pueda haber en esos Estados.

⁸²⁰ Me remito aquí a lo referido sobre el control de legalidad que debe hacer el notario español al elevar a escritura pública un acuerdo de mediación extranjero, que deberá revisar el acuerdo conforme al derecho español y al extranjero.

⁸²¹ En cuanto al concepto de orden público español me remito aquí a lo comentado *ut supra* al estudiar el motivo de impugnación de nulidad de un laudo arbitral por ser contrario al orden público regulado en el art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje 60/2003. Como curiosidad decir que la Ley de Arbitraje citada habla de «orden público» y la Ley de Mediación de «orden público español» cuando ambas se refieren a su aplicación en España.

VIII. MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL

A. MODIFICACIONES LEGALES EN EL PROCESO CIVIL

La Ley encaja la mediación en el proceso judicial, haciendo modificaciones procesales en el proceso civil:

1. Regulando la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, conforme al art. 19 de la LEC de aplicación supletoria.
2. Imponiendo al juez el deber de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, instándoles a que asistan a una sesión informativa⁸²².
3. Permitiendo la suspensión del procedimiento a solicitud de las partes para intentar acudir a una mediación.
4. Incluyendo el acuerdo de mediación como título ejecutivo dentro del régimen general de ejecución de la LEC.
5. El artículo 395.1 de la LEC, ahora reformado por la disposición final tercera de esta Ley de Mediación, sí le otorga ciertas ventajas procesales a la oferta de mediación rechazada por la parte que luego se allana al ser demandada en juicio, pues considera dicha actitud como de mala fe y ello supondrá una condena en costas por parte del tribunal concedor de la misma. El mediador deberá hacer esta observación a las partes.
6. Igualmente supondrá el pago de intereses de la mora procesal desde el acuerdo firmado. Es de destacar que estos intereses pueden ser pactados en el acuerdo de mediación [o en el convenio arbitral]; incluso cabe un pacto de intereses distintos en ambos pactos, conforme al art. 576 LEC reformado por la disposición final tercera de la LM. Antes de esta reforma no cabían los intereses en el laudo arbitral.

⁸²² La Exposición de Motivos de la LM preconiza «la posibilidad de que sea el Juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informe de la posibilidad de recurrir a mediación». «Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios».

7. Permitiendo la declinatoria en los tribunales para suspender la acción judicial durante la mediación; así como el recurso de apelación contra el tribunal que se abstenga de conocer un asunto por falta de competencia, como el recurso de reposición contra el tribunal que acepte la competencia.

B. AUSENCIA DE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREJUDICIAL OBLIGATORIO

En el proyecto de ley sobre la materia se establecía que, en algunos casos y materias, sería preceptiva la búsqueda de la mediación previa a la interposición de una demanda judicial, lo que no atenta contra «la libertad de mediación»⁸²³, [...] ya que el requisito se cumple asistiendo a la primera audiencia de mediación, es decir, que las partes no están obligadas a negociar o a llegar a un acuerdo. Este camino es el que ha seguido el legislador español en otras materias»⁸²⁴, como ocurre en la jurisdicción social⁸²⁵.

Sigue aquí el debate, que ya apuntó el exministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, sobre la obligatoriedad de la conciliación para desatascar la Administración de Justicia. La experiencia es positiva en muchos países y las estadísticas así lo demuestran.

⁸²³ BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., págs. 2-3.

⁸²⁴ BUSTELO, D. y LAMM, C, *Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pág.3

⁸²⁵ El art. 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social dice: «Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma sus funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo».

IX. IMPULSO Y DIFUSION DE LA MEDIACIÓN

La Exposición de Motivos establece el deseo de «desjudicializar» determinados asuntos, así como el uso a diferentes sistemas de resolución de conflictos, propios de una sociedad moderna y compleja que requiere de una justicia de calidad. Para ello se establece el compromiso de la Administración Pública de promover medios materiales al servicio de la Administración de Justicia, de los órganos judiciales y del público de información sobre la mediación como medida alternativa al proceso judicial. Entre ellos incluirán la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (cfr. disposición adicional segunda LM).

CONCLUSIONES

I

El arbitraje implica un instrumento de colaboración entre los particulares a través del cual, de un modo cooperativo, aúnan esfuerzos con el objeto de alcanzar una solución rápida y justa de sus controversias.

Nuestra Ley de Arbitraje (LA) busca que España sea sede elegida del arbitraje de las controversias que surjan alrededor del mundo, fruto del fenómeno de la globalización; también en esto intenta aunar esfuerzos en un mismo lugar.

En esta dirección de aunar la LA establece una misma regulación para el arbitraje interno y el internacional (al no existir una jurisdicción interestatal). Sí existen, en cambio, dos formas de ejecución según los laudos sean dictados en España o afuera.

La regulación básica del convenio arbitral es materia de exclusiva competencia estatal.

II

La LA tiene un carácter internacionalista. Es la respuesta legislativa al evidente fenómeno de expansión del arbitraje internacional. El comercio internacional exige en sus negocios seguridad y rapidez; esto tiene su reflejo en la LA con una correcta previsión del proceso y de las causas y formas de resolución de las cuestiones derivadas de la relación contractual. En este sentido la LA define el arbitraje internacional, lo que la diferencia del Convenio de Nueva York que no lo hace.

Un paso en esa dirección es la elección de un derecho procesal arbitral configurado según los parámetros de la Ley Modelo UNCITRAL

La LA supone un importante paso para mejorar las condiciones para que se asienten en España arbitrajes internacionales; y expresamente piensa en captar los conflictos en Iberoamérica o entre España e Iberoamérica.

Cabe albergar esperanzas de que en el futuro pudiese nuestro país ser sede privilegiada para resolver disputas entre ambas regiones, como ocurre, por ejemplo, con el

arbitraje marítimo que suele resolverse frecuentemente en Londres o Singapur, a cuyos centros se suelen someter las partes en sus convenios arbitrales.

Convendría, en este sentido, introducir mecanismos dirigidos a facilitar fiscalmente el arbitraje en España para las sociedades anónimas *off shore*.

La LA es territorialista, en el sentido que se aplica a nuestro país, pero contiene normas sobre la intervención judicial que deben aplicarse a arbitrajes desarrollados en el extranjero. Son normas procesales que deben ser aplicadas por los tribunales nacionales.

III

La LA está imbuida del criterio de celeridad; busca que la resolución del conflicto sea rápida. Su regulación permite que las partes dispongan las cosas de manera que se resuelvan las diferencias de forma más veloz que de la manera normal.

En ese orden se contempla la renuncia tácita a las facultades de impugnación (cf. art. 6 LA), directamente inspirada en la Ley Modelo (como tantas otras ideas) que obliga a las partes en el arbitraje a la denuncia tempestiva e inmediata de violaciones de normas dispositivas, esto es, aplicable en defecto de voluntad de las partes.

En este sentido, precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie y prosiga, de modo que la incoación de un proceso judicial no puede sin más ser utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Según este criterio, se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje. Ejemplo de esa celeridad es que la declaración de concurso (voluntario o necesario) no suspende per se los arbitrajes en marcha.

IV

El procedimiento arbitral es flexible. En él no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. Tampoco entran aquí las reglas propias de los procesos judiciales sobre los requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de

acuerdo de partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución.

V

Las partes pueden pactar un arbitraje en derecho o en equidad. A diferencia de su antecesora, la ley 36/1988, que se decantaba, ante el silencio de las partes, por el arbitraje de equidad, la actual LA da preferencia y se decanta, a falta de acuerdo entre las partes, al arbitraje de derecho, que es la solución más usada en el derecho comparado. El legislador argumentó que si las partes quieren salirse del sistema judicial basado en normas jurídicas, lo normal será que entren en otro sistema de resolución de conflictos basado en las mismas normas, pero más rápido. En cualquier caso, para arbitrar en equidad en la LA se debe pactar así expresamente en el convenio arbitral, usando la palabra «equidad» o conceptos similares: *ex aequo et bono*, leal saber y entender, o amigable componedor, etc. También caben fórmulas mixtas, pues las partes pueden elegir un árbitro de perfil más jurista que integrador.

VI

Sobre las normas aplicables al fondo de la controversia debemos concluir que el proceso arbitral es flexible también en este aspecto, porque suprime la exigencia de que el derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia. Sigue así el modelo de los ordenamientos jurídicos arbitrales más modernos y el respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes.

La LA ha preferido la expresión normas jurídicas aplicables y no derecho aplicable, ya que este último concepto parece referirse a un determinado ordenamiento jurídico de un Estado, y muchas veces los árbitros tienen que aplicar normas de varios ordenamientos jurídicos o determinadas reglas o usos del comercio internacional.

En consonancia con en esta dirección de flexibilidad procedimental, es de destacar que ni siquiera la LA sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto.

VII

La LA permite, además, que las actuaciones arbitrales no terminen solo mediante laudo, sino mediante otras formas anormales, si se llega antes a una solución pactada. En aras de esa elasticidad procedimental se puede, incluso, llegar a laudos parciales.

La LA parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesario, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo, o dictar un solo laudo, resolviendo todas ellas. Y en esa línea de suavidad procedimental la LA introduce la figura del complemento del laudo para suplir omisiones.

VIII

La fuerza ejecutiva del laudo no depende de su protocolización. El laudo es válido y ejecutivo sin protocolizar; a partir de ese momento corre el plazo de impugnación para su anulación. Tema distinto a esto es que el ejecutado oponga la falta de validez o autenticidad del laudo.

La actual LA alargó los plazos de la derogada ley 36/1988 para corrección y aclaración del laudo para hacerlos más acordes con la realidad, distinguiendo según se trate de un arbitraje interno o internacional; pues en este último caso, con frecuencia, puede no ser fácil reunir a los árbitros en un mismo lugar para deliberar.

Esta flexibilización del procedimiento arbitral es plausible, pues va acorde con el interés de las partes y la realidad del tiempo en que esta institución debe ser vivida, y permitirá que la norma perdure en el tiempo.

IX

En la LA, la acción de anulación del laudo arbitral se configura como un proceso autónomo de impugnación.

X

El principio de Kompetenz-Kompetenz, por el que los árbitros tienen autonomía para decidir por ellos mismos si son competentes o no para revisar la validez de un convenio arbitral, esté o no inserto en un contrato principal, se recoge en la LA. Esta regla abarca además la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, esto es, no va a depender la validez del convenio arbitral de que sea válido el contrato principal, además de que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral. Pero cada país y su legislación nacional son diferentes: hay países que permiten a árbitros pronunciarse sobre validez y eficacia de contrato principal y cláusula arbitral, y países que permiten solo lo uno o lo otro, pero no ambas cosas. Por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente desde el 1.enero.2012 (uno de los reglamentos institucionales más usados a nivel global), establece claramente que «el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia aún en el caso de nulidad o inexistencia del contrato para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones».

XI

La LA es aperturista al facilitar el arbitraje institucional, esto es, que sea un tercero quien nombre los árbitros, una especie de corte privada, lo que significa un paso adelante en celeridad, menor coste, especialización de los juzgadores que conocen los usos de los contratantes y confidencialidad; se prevé, también, la intervención de profesionales que no sean juristas.

XII

Por su arbitrabilidad la LA es expansiva, pues se amplían las materias objeto de arbitraje no reduciéndose al Derecho Privado. Siguen siendo indisponibles las materias propias del Derecho Laboral y aquellas en que deba intervenir el Ministerio Fiscal.

XIII

El arbitraje en las sociedades de capital quedó abierto tras la reforma de la LA por Ley 11/2011, de 20 de mayo. Quedan las dudas sobre cómo afectará a los socios que no fueron parte o se opusieron, y el arbitraje en sociedades abiertas o cotizadas en bolsa. Igualmente quedó abierto en los arrendamientos y propiedad horizontal tras la ley 4/2013, de 4 de junio. Además, se disiparon las dudas sobre el arbitraje de equidad en ambos casos.

XIV

La LA debería haber sido más liberal y perdió la oportunidad de desprenderse de su coraza continental para acercarse al campo anglosajón. En ese sentido, se podrían haber incluido los arbitrajes profesionales o de trabajos liberales o de personal laboral especial, pues aunque expresamente no prohibidos dada la *vis atractiva* de la jurisdicción laboral española y la jurisprudencia absorbente que la interpreta (cuando no el sistema sindical) hacen muy difícil que esa materia sea arbitrable.

XV

La LA podría haber sido más liberal en el arbitraje sobre algunos temas referidos a materias específicas de la persona o de la familia, como en tema de lesiones corporales, o las consecuencias de una falta.

XVI

También la LA podría haber sido más liberal en materias hoy restringidas y de las que se derivarían temas arbitrables (restringiendo el orden público a lo que realmente es), v.gr. en el campo hipotecario, o en la libertad de comercio y/o de industrias. Caminando hacia una mayor «desestatalización» de las materias.

XVII

La LA no introduce un elenco de materias disponibles o arbitrables, sino que se limita a decir que, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles, lo cual es plausible. Puede ocurrir que, por razones diversas, el legislador quiera limitar el carácter arbitrable de algunas materias que sí sean disponibles; pero no es este un asunto para una LA generalista como esta, sino más bien para políticas del momento.

XVIII

Las materias disponibles pueden variar cuando se trata del exequatur de laudo extranjero.

XIX

Respecto a quienes pueden ser parte de un convenio arbitral, la redacción de la LA permite ampliar el campo de los actores que pueden pactar un convenio arbitral, sociedades de capital, fundaciones, cooperativas, sociedad civil, comunidades de bienes, personas jurídicas públicas, etc.

XX

En lo referente a si la cuestión litigiosa o la controversia tiene que haber comenzado para poder celebrarse un convenio arbitral, es acertada la claridad expresa de la LA sobre la posibilidad de arbitrar controversias pasadas, presentes o futuras aún no iniciadas. La LA ha dado principios claros para saber cuándo en los contratos subrogados o cedidos de otros anteriores, o en los contratos que tienen efectos indirectos de otros principales en los que se pactó el arbitraje, todos los conflictos posteriores estarán sometidos a arbitraje sine die o en qué momento el convenio arbitral pierde su vigencia. Lo que era una vieja reivindicación.

XXI

España aún está lejos de la cultura arbitral existente en otros países y regiones del mundo.

Durante la vigencia de la derogada ley de arbitraje 36/1988 aumentó esta apertura cultural, se produjo en España una expansión del arbitraje por el número de convenios arbitrales suscritos; se asentó el arbitraje institucional; se asentaron prácticas uniformes, sobre todo en el arbitraje internacional, se generó un cuerpo de doctrina (basta ver los volúmenes de artículos escritos) y se normalizaron los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje.

Empero, la actual LA tiene una vocación más fuerte por la cultura arbitral. Ya el Pacto de Estado por la Reforma de la Justicia de 28.05.2001 quería impulsar el arbitraje. Sin embargo, la cultura jurídica española parece, sin embargo, más propensa a dispensar mayor confianza en el poder público y demuestra cierto recelo en encomendar a los particulares la resolución de sus controversias.

Aunque somos conscientes de que en el ámbito comercial cabría promoverlo de un modo más extensivo, nos parece conveniente impulsarlo en todo el ámbito civil.

XXII

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, tanto del texto de la LA como de las opiniones de la doctrina, predomina una concepción mixta del arbitraje (esa parece que es la opción del legislador), ni se trata de «jurisdiccionalizar» el arbitraje ni se trata de privatizar el proceso arbitral.

El convenio arbitral (en el arbitraje civil del que aquí hablamos) no tiene naturaleza jurisdiccional, las partes crean un título ejecutivo (*mutatis mutandis*, como podría ser una letra de cambio, o el acuerdo de mediación, etc.), el laudo arbitral, que el juez estatal ordena ejecutar. Ni siquiera hay recurso contra él. Lo que hay es una acción de impugnación para anularlo. La jurisprudencia y doctrina afirman que el juez no puede entrar a valorar el fondo de un laudo arbitral.

En este sentido, se reafirma esta postura en la LA cuando elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.

Como en este trabajo he indicado, discrepo del parecer mantenido por el TC y no comparto que el arbitraje sea un equivalente jurisdiccional. Se corre el peligro de

acercarlo más al ámbito procesalista de donde se quiere huir. Y esto es así también porque, además, la capacidad jurídica para un convenio arbitral es la general requerida para contratar.

XXIII

La LA nació con una vocación universalista al presentarse como derecho supletorio de futuras legislaciones del territorio español que regulen el arbitraje, ya sea administrado por entes públicos o por entes privados.

La LA quiere ser una ley general aplicable a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial, y supletoria de los arbitrajes especiales salvo que expresamente se pacte su inaplicabilidad.

Nuestra LA claramente basa el régimen jurídico del arbitraje español en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21.junio.1985 (Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL por sus siglas en inglés), como lo reconoce el legislador y la doctrina. Por ello, tanto para España como para los Estados que han adoptado esta Ley Modelo, resulta positivo una adecuada y común regulación para el arbitraje comercial internacional, el interno y para el arbitraje en general.

De todas formas, hubiese sido recomendable que la LA declarase expresamente a la Ley Modelo CNUDMI como supletoria de todo lo no contemplado en ella y que todos los Estados tomasen la misma solución para homogeneizar posturas.

XXIV

El convenio arbitral descansa en el principio de libertad de forma. La LA es «antiformalista», pues no requiere ninguna forma especial para pactar el convenio arbitral.

En este sentido la LA está total y absolutamente abierta a todas las tecnologías digitales o electrónicas para comunicarse las partes y los árbitros entre sí, tanto para la celebración del convenio arbitral como para las resoluciones de los árbitros.

El acuerdo arbitral entre las partes puede ser oral. Se da también validez al convenio arbitral por referencia, es decir, que no consta en el documento contractual principal sino

en un documento separado, pero se entiende incorporado el convenio arbitral al contenido del documento contractual principal por la referencia que se hace al separado.

XXV

El convenio arbitral, al igual que toda la LA, se sustenta también en el principio de *favor arbitri*.

Esta es la misma postura inspiradora del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, tan extendida globalmente, vigente desde el 1.enero.2012, cuyo artículo 6.9 indica que el arbitraje puede continuar (y continuará) aún en ausencia de un contrato inexistente o inválido, siempre que el tribunal arbitral considere que hay un contrato y que es válido. De hecho este artículo preceptúa que el tribunal arbitral podrá dirimir la cuestión litigiosa, aún si efectivamente no hay contrato principal válido entre las partes.

XXVI

La autonomía de la voluntad de las partes es otro principio básico del convenio arbitral que inspira toda nuestra LA. El arbitraje es voluntario y las partes deciden cómo caminará en la mayoría de sus estadios. Pero debe quedar clara (en la forma que sea) la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje y a aceptar el resultado del laudo.

XXVII

El convenio arbitral es autónomo en un doble sentido: porque lo es del contrato principal y porque las partes pueden elegir las normas jurídicas que resolverán sus problemas, aunque no estén incorporadas al derecho interno. En ese sentido la actual LA es tan avanzada o más que la Ley Modelo UNCITRAL.

XXVIII

Las Directivas CEE afectan también al convenio arbitral, especialmente en lo referido a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión o en el arbitraje de consumo.

XXIX

La LA, siguiendo el principio de autonomía, restringe la intervención de la jurisdicción ordinaria en el proceso arbitral al mínimo indispensable, salvo aquellos casos en que es obligatoria.

La LA, siguiendo el principio de autonomía, permite medidas cautelares, incluso inaudita parte, aun antes de haberse iniciado el procedimiento arbitral (novedad esta reciente introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reformó el art. 722 LEC) que pueden ser descartadas por las partes directamente o por remisión a algún reglamento arbitral. Al carecer los árbitros de potestad ejecutiva, para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir al juez ordinario.

XXX

La autonomía de la voluntad de las partes, manifestada en el convenio arbitral, se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, según sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, según el reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido.

La autonomía se manifiesta tanto directa, a través de las manifestaciones de voluntad de las partes, como indirectamente, a través de una declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral, o se rija por un determinado reglamento arbitral. Como puede ser, por ejemplo, la remisión a los reglamentos arbitrales de la London Maritime Arbitrators Association y la London Court of Arbitrations, instituciones arbitrales que canalizan la mayoría de los arbitrajes marítimos, a la que le siguen las sedes de Nueva York y Singapur.

XXXI

Un laudo arbitral contrario al orden público es nulo por conculcar los derechos y libertades fundamentales que son los recogidos en la Constitución Española.

XXXII

No existe un modelo válido de convenio arbitral. En los arbitrajes institucionales hay que referirse a los requisitos exigidos en sus reglamentos para establecer la validez del acuerdo arbitral. Al ser los reglamentos de instituciones arbitrales variados, es oportuno mencionar, por muy usado, lo que se exige en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, pues establece que cuando una parte someta a la Corte de Arbitraje una excepción sobre la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, el arbitraje proseguirá si, y en la medida en que, «la Corte estuviera convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento que vincule a todas las partes...». Es el principio de prosecución del proceso arbitral. Los conceptos de «*prima facie*» y de «*fumus bonis iuris*» dan cobertura a que se constituya el tribunal arbitral aunque haya dudas sobre la validez del acuerdo arbitral.

Nuestra LA también está imbuida de estos principios. En este sentido, en lo que respecta a la ley que se debe aplicar al convenio arbitral, se opta por el principio de conservación o el criterio más favorable a que el convenio arbitral se conserve. Así, es suficiente con que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de las tres normas jurídicas señaladas en la LA: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español (art. 9.6 LA).

XXXIII

Hay una necesidad de armonizar el régimen jurídico del arbitraje interno y del internacional, especialmente del arbitraje comercial internacional, para promover la difusión de su uso y unificar los criterios en su aplicación, pues una mayor uniformidad de las leyes que regulan el arbitraje propiciará una mayor eficacia como medio de solución de controversias (el término «medio de solución de conflictos» ha sustituido al de «alternativa de solución de conflictos»). En este sentido la Ley Modelo sería la ley ideal que deberían asumir los Estados.

Nuestra LA es monista y opta por una regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional. Se establece, por primera vez en nuestro ordenamiento interno, en qué casos un arbitraje es internacional, siguiendo los criterios de la Ley Modelo.

XXXIV

Hay unas reglas de interpretación del convenio arbitral. Tiene especial relevancia la remisión que hace la LA (art. 4), por voluntad de las partes, a las reglas de una institución arbitral o al contenido de un determinado reglamento arbitral; primando con ello de nuevo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. La función supletoria de la LA 60/2003 respecto de la autonomía de la voluntad negocial es muy grande y no se circunscribe a las reglas interpretativas de la misma LA.

XXXV

El principio de mínima intervención judicial es otro principio que aflora en la LA, así como en la jurisprudencia y en la doctrina nacional e internacional.

El juez no está llamado en el proceso arbitral a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, el control sobre la validez del convenio arbitral ni tampoco sobre si la controversia es arbitrable. Lo contrario iría contra el principio de celeridad y rapidez y contra el principio de que son los propios árbitros los que deben en primer lugar pronunciarse sobre su propia competencia, conocido como principio Kompetenz-Kompetenz.

XXXVI

Respecto de los laudos extranjeros nuestra LA solo contiene un precepto (art. 46 LA), que define el laudo extranjero como aquel que no ha sido dictado en territorio español. La ley hace un reenvío a los Tratados internacionales de los que el Estado Español sea parte y expresamente menciona al Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Este Convenio prevé que los Estados puedan hacer reservas (que no ha hecho España, por lo que es aplicable), sin importar que la controversia sea o no comercial y si el laudo a ejecutar ha sido dictado por un Estado que es o no parte. En definitiva, para la aplicación de este Convenio de Nueva York en España no es necesario un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, salvo que se firmen convenios internacionales más favorables.

XXXVII

La ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM) regula el instituto de la mediación en nuestro país, método alternativo de resolución de conflictos autocompositivo, buscando resolver las controversias entre las partes mediante la intervención de un tercero mediador que intenta aproximar y armonizar sus posturas a través de una negociación, restaurando la comunicación, tratando de que ellas mismas lleguen a un acuerdo. Se diferencia del arbitraje, método heterocompositivo, donde el árbitro impone una solución obligatoria mediante un laudo.

XXXVIII

Ambas regulaciones (ley 5/012 LM y ley 60/2003 LA) se presentan como legislación supletoria del Estado o Comunidades Autónomas o de otras instituciones públicas o privadas en sus materias respectivas.

XXXIX

En el proceso de mediación las partes pueden abandonar la mediación en curso, mas no en el arbitraje ya iniciado.

La LM exige al mediador una preparación de un curso especial para ser mediador; la LA no lo exige al árbitro.

Tanto la mediación y el arbitraje se rigen por los mismos principios de voluntariedad, autonomía y flexibilidad.

La LM exige que el acuerdo de mediación conste en escritura pública; la LA no lo exige para el laudo arbitral.

XL

El objeto de mediación en la LM se reduce a la materia civil y mercantil siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes; además, expresamente se excluye la mediación penal, laboral, con las Administraciones Públicas y de consumo. Es más restrictivo que el arbitraje.

El objeto del convenio arbitral en la LA es más amplio que la mediación, pues solo excluye expresamente el arbitraje laboral. Caben los arbitrajes de materias con las Administraciones Públicas y de consumo, y cualesquiera materias de libre disposición conforme a derecho. Ambas leyes usan semánticas diferentes para definir sus materias.

XXI

Tanto la LM como la LA determinan los casos en que una mediación o arbitraje es internacional o transfronterizo, con regulación específica.

XXII

Hubiera sido conveniente introducir mecanismos en la LM para armonizar las legislaciones de mediación y arbitraje en caso de conflicto. Así, por ejemplo, en los contratos internacionales donde las partes han establecido una cláusula de mediación obligatoria antes de acudir al arbitraje, puede ocurrir que conforme a la LM se aplique la legislación española y no conforme a la LA. O puede ocurrir que en el mismo contrato haya materias que sean objeto de arbitraje y no de mediación.

XXIII

La LM permite que haya instituciones que presten ambos servicios de mediación y arbitraje guardando la confidencialidad. Cuando en controversias pasadas una institución de mediación haya actuado en defensa o en contra de una de las partes, y posteriormente designe a un árbitro para intervenir en una controversia entre las mismas partes se puede incurrir en imparcialidad y, aunque la LM contiene mecanismos para evitarla, es una zona gris no delimitada totalmente. Cabría esperar en la LM la introducción de mecanismos mucho más claros de armonización.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÉNECH, Frederic, *Arbitration in sport*, Anuario de justicia deportiva, Barcelona, número 9, 2008.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil*, tomo I, XVI edición. Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *EI arbitraje testamentario*, Actualidad Civil 1990-I.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de sucesiones, novena edición. Ed. Edisofer, Madrid 2008.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio*, Revista de Derecho Notarial (RDN), nº 112, 1981.

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (director DAMIÁN MORENO, Juan), Ed. La Ley, Madrid, 2011.

BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, *La tutela judicial deportiva efectiva: ayuno y abstinencia. La conciliación extrajudicial de los litigios deportivos como remedio no exclusivo*. Diario la Ley, sección doctrina, 1997, referencia D-47, tomo 1.

BARONA VILAR, Silvia (coordinadora): *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Ed. Thomson-Civitas, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Director), GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio y Colaboradores, *Comentarios a la Ley de Marcas*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 5ª edición. Ed. Aranzadi, 2010.

BERMEJO VERA, José, *Árbitros y jueces deportivos*, Revista española de derecho deportivo, número 4, Madrid, 1994.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, *Los arbitrajes especiales*. Ed. Civitas, Madrid, 2010.

CAPILLA RONCERO, Francisco, «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988 de 5 de diciembre)*. Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

CARRETERO LESTON, José Luis, *Los jueces y árbitros en el ordenamiento jurídico andaluz*, Anuario andaluz de derecho deportivo, número III. Ed. Signatura-Asociación andaluza de derecho deportivo, Sevilla, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, vol. II, XV edición. Ed. Reus, Madrid, 2007.

CASTAÑEDA AGREGO, Juan Pablo, *Unidroit, Alternativa de Unificación*, Revista virtual *Via inveniendi et iudicandi*, www.iusta.edu.co, 2008.

CAZORLA PRIETO, Luis María, *El arbitraje deportivo*. Revista jurídica de Castilla y León, Arbitraje y Mediación, núm. 29, enero 2013.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *El control de las condiciones generales de los contratos*. Ed. Revista La Ley, 1989, Nº 2, págs. 1013-1019.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 2003.

CORDÓN MORENO, Faustino, *Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El Arbitraje de Derecho Privado/Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Ed. Thomson-Civitas, 2005.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Del convenio arbitral y sus efectos», en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Dir. MONTERO AROCA, Juan, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

CRESPO PÉREZ, Juan de Dios, *La resolución de conflictos mediante el arbitraje en el deporte*, Revista General del Derecho, marzo, 1999.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Los principios procesales en el arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

DAMIÁN MORENO, Juan, *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (director), Ed. La Ley, Madrid, 2011.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, Art.2, Comentarios a la Ley de Arbitraje, Edit. La Ley, Madrid, 2013

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Compendio de Derecho Civil*, 5ª edición, Ed. Marisal, Madrid, 1970.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho Civil*, Ed. Marisal, S.A., Madrid, 1972.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código Civil*, Anuario de Derecho Civil (ADC), Madrid, 1972, págs. 939 y siguientes.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Parte General, Tomo II, Derecho de la Persona y su estado civil. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

DE COSSIO y CORRAL, Alfonso, *El moderno concepto de personalidad y la teoría de los «Estados» en el Derecho civil actual*, Revista de Derecho Privado, 1943.

DE COSSIO y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, 2ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

DE MARTÍN MUÑOZ Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coordinadores): *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, XII edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coordinador GONZÁLEZ SORIA, Julio, 2ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, *El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*, Universidad de Castilla La Mancha. www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/11.pdf.

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, MARTÍN, *Derecho Civil*. Tomo I «Parte General». Ed. Bosch, Barcelona, 1953. Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSE ALGUER. Volumen I, segunda edición al cuidado de JOSE PUIG BRUTAU.

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, MARTÍN, *Derecho Civil*. Tomo II «Derecho de Obligaciones». Ed. Bosch, Barcelona, 1966. Decimoquinta revisión por HEINRICH LEHMANN. Traducción española y anotaciones de BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSE ALGUER. Tercera edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por JOSE FERRANDIS VILELLA. Volumen segundo. Doctrina Especial. Segunda parte.

ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, MARTÍN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 2, edición española de BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSE ALGUER y otros. Ed. Bosch, Barcelona, 1953.

FENECH, Miguel, *Derecho Procesal Civil*. Ed. Agesa, Madrid, 1983.

FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge, *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Librería BOSCH, Barcelona. 1962.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *La justicia deportiva internacional: El Tribunal arbitral del Deporte*, Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entrenamiento, número 27, 2009.

FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan, «Comentario artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coordinadores), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan, *El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje española*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 258, Octubre-diciembre 2005, Madrid.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje, en la nueva Ley de arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*, Revista de Derecho Privado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 19, enero-diciembre, 2005, Año 13, Madrid. www.eprints.ucm.es.

FOLCHI, Mario, *Transporte Aéreo Internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional*. Montreal 1999. Editorial Alada (Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial), Buenos Aires, 2002.

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commerciale internationale*, II, Dalloz, Bibliothèque de Droit International privé, 1965.

FOUCHARD Philippe, *Où va l'arbitrage international?*, www.lawjournal.mcgill.ca, 1989.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad*, en Revista de Derecho de Sociedades (RdS), 2009-1, nº 32, págs. 43-77.

GARBERI LLOBREGAT, José, (director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Derecho Civil de España, I, Parte General*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1997.

GARCÍA PÉREZ, Carmen, *El arbitraje testamentario*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

GARCÍA SILVERO, Emilio A. «*Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo*», FAQs y Código de arbitraje, Revista Jurídica del Deporte, número 14, 2005.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Derecho Civil Español, Parte General*, Edit. Comares, 1983.

GLADSTONE, Alan, *El arbitraje voluntario en los conflictos de intereses: guía práctica*, Edit. OIT, Ginebra, 1988.

GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, II*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis (coordinador), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*. Ed. La Ley, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ QUIROGA, Marta, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización*. Ed. Universidad Juan Carlos I. Madrid, 2003.

GONZÁLEZ QUIROGA, Marta, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*, GARBERI LLOBREGAT, José (director), Ed. Bosch, Barcelona 2004.

GRANADO HIJELMO, Ignacio, *El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación*, Revista Jurídica de Navarra, número 39, enero-junio de 2005, www.navarra.es.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, ALONSO y ROYANO, Félix y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *El arbitraje en los arrendamientos urbanos*. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992.

GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTAZAR, Elena y LÓPEZ-QUIROGA, Julio, *La Resolución arbitral de conflictos en el contrato de transporte aéreo regulado en el convenio de Montreal de 1999*, Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Especial, diciembre 2009.

HERNÁNDEZ BURIEL, Jorge, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coordinador Rafael Hinojosa Segovia. Ed. Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2004.

HIDALGO GARCÍA, Santiago, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, director Vicente Guilarte Gutiérrez, coordinador Jacobo B. Mateo Sanz. Ed. Lex Nova, Valladolid 2004.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, (coordinador): *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Ed. Grupo Difusión, 2004.

IBOLEÓN SALMERÓN, María Belén, *El Proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*. Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

ISCAR DE HOYOS, Javier, «El arbitraje privado en los arrendamientos urbanos», en MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Curso de Derecho Arbitral*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, Familia, 4ª edición. Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, volumen II, Personas, 6ª edición, revisada y puesta al día por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, cuarta edición revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMOS ALBESA. Ed. Dykinson, Madrid 2009.

LARUMBE BEAIN, Kepa, *El procedimiento arbitral ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS). Marco Teórico. El procedimiento ordinario*. Revista jurídica del Deporte, número 18, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona, 20ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

LETE DEL RIO, José Manuel, *El Proceso de incapacitación*, en *Actualidad Civil*, 2001.

LEÓN SANZ, Francisco J., «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, (coordinador David Arias Lozano). Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2005.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, VALENCIA MIRON, Antonio José, FONT SERRA, Eduardo, IRIARTE ÁNGEL, José Luis, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El arbitraje multimedia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

MARCOS FRANCISCO, Diana, *La equidad y la necesaria motivación del laudo en el arbitraje de consumo*. Revista de la Corte Española de Arbitraje, núm. 2008, 2008.

MARCOS FRANCISCO, Diana, *La resolución de los litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios*, Diario La Ley, núm. 7624, 6-5-2011, referencia La Ley 5992/2011.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil* Ed. Tirant lo Blanch, «Abogacía práctica», Valencia, 2002.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. 2ª edición. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

MATUTE MORALES Claudia, *El Arbitraje Comercial Internacional/Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional*, en www.docstoc.com.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas profesionales y sus clubes y los de éstos entre sí*. Revista La Ley, número 4, Madrid, 1994.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El arbitraje en el proyecto de Ley de Marcas*. Seminario sobre la nueva Ley de Marcas, Oficina Española de Patentes y Marcas, Escuela de Organización Industrial, www.oepm.es.

MERINO MERCHÁN José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición. Ed. Thomson-Civitas, 2006.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Curso de Derecho Arbitral*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El arbitraje en la Ley de arrendamientos urbanos*. Diario La Ley, núm. 3946, 5-1-1996.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 29, monográfico sobre arbitraje y mediación, enero de 2013.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*. Ed. Civitas, Pamplona, 2002, 3ª Edición.

MONTESINOS GARCÍA, Ana, *El arbitraje en materia de propiedad intelectual*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, número 1, marzo, 2013, www.riedpa.com.

MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Ed. Experiencia, Barcelona, 2004.

MUÑOZ PLANAS, José María, y MUÑOZ PAREDES, José María, «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», en *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, II Ed.* McGraw-Hill, Madrid, 2002.

OGÁYAR AYLLON, Tomás, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, (director ALBALADEJO, Manuel), tomo XXII, vol. 2.2ª. Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, «Art. 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, (coordinadora BARONA VILAR, Silvia), 2ª edición. Ed. Civitas, Navarra, 2011.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Las normas imperativas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje», en *El Arbitraje internacional en España: una nueva Ley ante nuevos retos*. Madrid, noviembre 2004, Unión Internacional de Abogados.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Artículo 2», en *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, GONZÁLEZ SORIA, Julio (coordinador), Madrid, 2004.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Art. 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, (coordinador GONZÁLEZ SORIA, Julio), 2ª edición. Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Introducción al Derecho Procesal* Ed. Marcial Pons, 4ª edición, Madrid, 2010.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La ejecución de laudos arbitrales*, Ed. Bosch, 1995.

ORTEGA BURGOS, Enrique, *Los conflictos societarios y el arbitraje: pasado, presente y futuro*, Noticias Jurídicas, artículo doctrinal, mayo 2011. www.noticiasjuridicas.com.

ORTEGA Y GASSET, José, *La Rebelión de las masas*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en la jurisdicción civil y penal*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2007.

OTERO IGLESIAS, Ana, *El arbitraje en la nueva ley de Marcas*, diario La Ley, 12 de febrero de 2003.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *El arbitraje en Derecho Sucesorio*, La Notaria, núm. 47-48, noviembre-diciembre de 2007.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El Derecho de la Persona, Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997

PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Ed. Thomson-Aranzadi, 2005.

PÉREZ GORDO, Alfonso, *La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje*, Estudios de Derecho procesal, Zaragoza, 1981.

POPPER, Karl R., *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico, edición española*. Ed. Paidós, Barcelona, 1981.

POPPER, Karl R., *El Desarrollo del Conocimiento científico*. Ed. Paidós, 2ª edición, Buenos Aires, 1979 y 3ª reimpresión española. Ed. Paidós, Barcelona, 1991.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. La Ley, Madrid, 2013.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo IV, Volumen 2º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada, *Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje*, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión II. Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ TEN, Javier, *Régimen jurídico del arbitraje deportivo*. Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

ROGEL VIDE, Carlos, *El convenio arbitral y el arbitraje testamentario*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CLIII, Julio-agosto 2006, núm. 3.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *Nature Juridique de l'Arbitrage*, Librairie Generale de Droit et jurisprudence, 1965, nº 581, Paris, 1956.

RUBIO GARRIDO, Tomás, «Comentario al artículo 892 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, (director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

RUIZ DE VELASCO, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Publicación de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007.

RUIZ LANCINA, María José, *El arbitraje en la Ley de Marcas: Ley 17/2001, de diciembre, de Marcas*, en www.noticiasjuridicas.com, Mayo 2005.

SAGARDUY, José Luis, *El arbitraje en la propiedad industrial e intelectual*, Diario Jurídico, 21.mayo.2012. www.diariojuridico.com.

SALELLES, José Ramón, «Administración de la sociedad comanditaria por acciones», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, obra colectiva dirigida por ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio. Ed. Civitas, Navarra, 2011.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «El arbitraje en materia arrendaticia», en *Las reformas de las acciones arrendaticias*, La Ley, Madrid 2010.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

TASENDE CALVO, Julio José, *El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de Transporte*, Actualidad Civil, 1997.

TEROL GÓMEZ, Ramón, «El arbitraje privado en el deporte institucionalizado», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo III. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

URIBE CALDERÓN, Danilo y OTERO GARCÍA-CASTRILLON, Carmen, *El contrato de transporte aéreo internacional: análisis comparado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.

VERDERA SERVER, Rafael, «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coordinadora BARONA VILAR, Silvia), 2ª ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra 2011.

YÁNEZ VIVERO, Mª F., «Un mecanismo alternativo de solución de ciertos conflictos sucesorios: el arbitraje testamentario», *Estudios Jurídicos en Homenaje al*

profesor Enrique Lalaguna Domínguez, coordinadores Josefina Alventosa del Rio y Rosa Moliner Navarra, vol. II, Universitat de Valencia, 2008.

Revista, El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, Madrid (marzo/abril 2012. Diciembre 2013).

PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

- www.aeade.org (Web oficial de la Asociación Europea de Arbitraje).
- www.tab.es (Web oficial del Tribunal Arbitral de Barcelona).
- www.noticiasjurídicas.com
- www.librosdot.com
- www.lawjournal.mcgill.ca
- www.dialnet.unirioja.es

LEGISLACIÓN

Como se manifestaba en la introducción, el presente trabajo trata de un estudio doctrinal y jurisprudencial del convenio arbitral, posterior a la ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre (y fundamentalmente de la actual Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre), al entender que la legislación anterior ya ha sido suficientemente tratada por la doctrina. Por eso la legislación que abajo relacionamos (y hemos estudiado) es la posterior al año 1988:

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial UE, núm. L 095 de 21 de abril de 1993).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), modificada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013).
- Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), sobre insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997.
- Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996); modificada por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, BOE núm. 268 de 5 de noviembre.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).
- Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999).

- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).
- Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia a nivel intracomunitario (Diario Oficial de las CCE núm. 160, de 30 de junio de 2000).
- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (Diario Oficial de las CCEE L 82/16, de 22 de marzo de 2001).
- Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.
- Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de Mayo de 2001.
- Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001).
- Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE núm. 73, de 22 de marzo de 2002).
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE núm. 284, 27 de noviembre de 2011).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).
- Real Decreto-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004).

- Enmienda aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 2006 a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su 64ª sesión plenaria, en su resolución 61/33.
- Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE núm. 65, 16 de marzo de 2007).
- Ley 30/ 2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).
- Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014).
- Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, BOE núm. 310, de 25 de diciembre de 2008.
- Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009).
- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).
- Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio 2010).
- 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 la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011).
- 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 (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011).
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).
- Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012).
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013).
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014).
- Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 268 de 5 de noviembre).

SENTENCIAS DE REFERENCIA

La jurisprudencia que citamos *ad infra* es específica sobre el convenio arbitral y es una selección de la que se ha consultado y estudiado a lo largo del presente trabajo.

Añadimos un pequeño comentario sobre el asunto tratado en la sentencia de referencia.

Están citadas cronológicamente, desde la primera sentencia de cada serie, ya que en algunas se cita a otras.

Citamos igualmente dos **resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado** específicas sobre el convenio arbitral estatutario o intrasocietario.

(TOL, repertorio de jurisprudencia Tirant *on line*).

Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas.

- STJC 23.03.82 (asunto 102/1981, Nordsee) la función del árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional, el árbitro no puede plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tribunal Constitucional.

- STC 71/1982 (repertorio la Ley 108-TC/1983), afirmó que «la regulación de las modalidades contractuales corresponde al legislador central»; a nuestros efectos, la regulación básica del convenio arbitral es materia exclusiva del Estado.
- STC 43/1986, de 15.04.86, (TOL. 121,229). Un arbitraje que vulnere alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas garantizadas por la CE, o sea, el orden público, es anulable.
- Auto del Tribunal Constitucional 326/1993, de 26.10.1993, Sala 1ª, Sección 2ª, recurso de amparo 2027/1993. Establece que: el arbitraje es un equivalente jurisdiccional; contra el laudo arbitral no cabe recurso de amparo; el árbitro no puede plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

- SSTC 43/1988, de 16.03.1998 (TOL.80,154); 233/1988 de 2 de diciembre, (TOL.80,080); 15/1989, 26.01.1989, (TOL.80,226). 62/1991, 22.03.1991, (TOL.80,476). 174/1995, 23.11.1995, (TOL.82,911). 176/1996, 11.11.1996 (TOL.83,105). El arbitraje es un equivalente jurisdiccional, y sustraerse a los órganos jurisdiccionales no vulnera la CE.
- ATC 701/1988, 6 de junio 1988, recurso de amparo 1722/1987. El árbitro no tiene funciones jurisdiccionales y en el arbitraje de equidad no queda sometido al ordenamiento jurídico.
- STC 62/1991, de 22.03.1991 (repertorio La Ley 58175-JF/0000 y TOL.80,476), afirmó que «la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los arts. 149.1.6ª y 8ª CE»; a nuestros efectos, la regulación básica del convenio arbitral es materia exclusiva del Estado.
- SSTC 288/1993, de 4 de octubre (TOL.82,309), 174/1995 , 23.11.1995, (TOL.82,911). El arbitraje es un equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional.
- ATC 259/1993, 20 de julio, sección 1ª, (repertorio TC vlex 5812655) y ATC 326/ 1993, 26 de octubre, Sala 1ª, sección 1ª, recurso de amparo 2027/1993. La institución arbitral se aproxima a la naturaleza jurisdiccional, su rasgo esencial es la libertad de las partes.
- STC 176/1996, 11 de noviembre (TOL.83,105). El arbitraje no está referido a un poder público. Contra el laudo no cabe amparo.
- STC 103/1999, de 3 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999). Esta sentencia fue el punto de partida para la regulación del arbitraje para Marcas.
- La STC 32/2002 de 11.02.2002 (repertorio TOL.258.574). Para esta sentencia la materia societaria seguía siendo discutida y no pacífica y declaró, en este caso concreto, que no era materia arbitrable la impugnación arbitral de acuerdos sociales.
- STC 17.01.2005, número 9/2005 (TOL.570,198). El arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes, y no supone sustracción a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE porque existe el procedimiento de anulación del

laudo. También declaró que era arbitrable la materia societaria y la validez del arbitraje estatutario.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (salvo que se indique entre paréntesis otra Sala).

- STS (Sala 4ª) 04.04.79. No son arbitrables las potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado. En el mismo sentido STS 15.01.1992 (ROJ. TS 12481/1992).
- STS 25.05.79, (TOL.1,740,839). Establece el carácter contractual del laudo arbitral.
- SSTs 30.12.1992 número sentencia 1239/1992, número recurso 2160/1990, (TOL.1,655,234); y 05.02.1992 y 25.02.1991. Estudian la excepción de incompetencia por declinatoria, asentando el concepto de autonomía de la cláusula arbitral.
- STS 21.03.85, Civil, (1ª), (TOL. 1,736,647, y Repertorio ROJ STS 683/1985). Las materias reguladas por normas imperativas también pueden ser objeto de arbitraje. Hace un considerando sobre la disponibilidad extensiva de las materias arbitrables. La Sala sentó el criterio, que luego repetiría en su jurisprudencia, de que «no es aceptable confundir el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados —no públicos— de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia».
- STS 14.07.1989 (repertorio ROJ STS 14751/1989), estudió el arbitraje de un conflicto derivado de la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio; la Sala declaró la materia arrendaticia arbitrable y dijo: «porque es materia de la libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une...».
- STS 23.12.1991 (TOL 1,728,127), sentencia 968/1991. El arbitraje no es jurisdiccional.
- STS 18.04.1998 (TOL. 169,907). Es materia arbitrable la impugnación de acuerdos sociales.

- STS 24.03.2000, Sala Contencioso-Administrativo, BOE 24.04.2000, pág. 16036, anula el art. 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil.
- STS número 724/2001, Sala Civil, 13.07.2001, recurso casación número 1739/1996 (TOL.32,351). Lo importante para la validez del convenio arbitral es que quede clara la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y sustraerse a la jurisdicción ordinaria, citando a la STS 01.06.1999, Sala Civil (RJ 1999/4284).
- STS 30.11.2001 (repertorio TOL.130.735 y La Ley 217968/2001). Reconoce arbitrable la materia societaria así como que es un tema discutido en la doctrina y jurisprudencia. Declaró la validez y eficacia del artículo estatutario de una sociedad civil en el que se sometía a arbitraje cualquier controversia a que diere lugar la interpretación y aplicación de los propios estatutos.
- STS 13.02.2002, Sala Civil (TOL.134,947). Establece que el juez ordinario al examinar el recurso de anulación no puede entrar a interpretar las cláusulas del convenio arbitral.
- STS 18.03.2002 (TOL.155,190). El arbitraje se ampara en la libertad de las partes a sustraerse de la jurisdicción ordinaria.
- STS, Sala Civil, 23.05.2002 (TOL.162,027). Los árbitros —no los jueces— son los competentes para conocer su propia competencia.
- STS 31.05.2003, número sentencia 531/2003; número recurso 2930/1997, (TOL.274,467). El arbitraje se ampara en la libertad de las partes a sustraerse de la jurisdicción ordinaria; cita otras SSTS 18.03.2002 (TOL. 155.190) y 20.06.2002 (TOL. 203.000).
- Auto TS 15.11.2005, número recurso 958/2005, (TOL.795,434). Establece que el juez ordinario al examinar el recurso de anulación no puede entrar a interpretar las cláusulas del convenio arbitral.
- Auto TS 403/2006, 21.02.2006, número recurso 1221/2005 (TOL.846,308). Principio de mínima intervención de los tribunales y favorecer el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Cita varios autos del TS sobre la no casación de las sentencias que resuelven los recursos de anulación de laudos arbitrales.
- STS 05.09.2006, número sentencia 844/2006; número recurso 4202/1999 (TOL.995,529). Deben interpretarse las cláusulas del convenio arbitral según

lo pactado por las partes. Lo importante para la validez del convenio arbitral es que quede clara la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y sustraerse a la jurisdicción ordinaria. En el mismo sentido SSTS 18.03.2002 (TOL.155.190); 20.06.2002 (TOL.203.000); 31.05.2003, número sentencia 531/2003, número recurso 2930/1997 (TOL. 274.467).

- STS 27.09.2006 (ROJ. 5499/2006), admite la validez y eficacia de una cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en los estatutos de una comunidad de propietarios; y se le dio «tan amplio alcance como para considerar incluida en ella las reclamaciones que un miembro de la comunidad pudiera formular contra ella por daños personales sufridos al caer en la escalera del inmueble, por la existencia de agua en uno de sus rellanos».
- STS 27.05.2007, número sentencia 567/2007, número recurso 2613/2000, (TOL. 1,113,029) y 15.11.2005. Las cláusulas del convenio arbitral deben interpretarse con arreglo a las normas contenidas en los preceptos del código civil sobre interpretación de los contratos. Establece que claramente debe entenderse que las partes quieren sustraerse a la jurisdicción ordinaria, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad.
- STS 4831/ 2007, 02.07.2007, Sala Civil, número recurso 2177/2000 (TOL.1,116,441). El arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes y no supone sustracción a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE porque existe el procedimiento de anulación del laudo.
- STS de fecha 09.07.2007, número sentencia 776/2007, número recurso 3011/2000, (TOL.1,143,870). Es materia arbitrable la impugnación de acuerdos sociales. Además, afirma el principio de separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal.
- STS 25.07.2007 (ROJ. 4499/2007), no dudó en declarar la posibilidad de someter a arbitraje un conflicto de propiedad horizontal.
- STS, Sala Civil, 11.02.2010, número sentencia 26/2010, núm. Recurso 2524/2005, (TOL.1,822,122). El arbitraje se ampara en la libertad de las partes al sustraerse de la jurisdicción ordinaria, la que no debe interpretar el acuerdo arbitral, y se invoca esta excepción mediante la declinatoria. Se cita en esta sentencia la STS núm. 245/2002, Sala Civil, 18.03.2002, recurso casación 2551/1996, (TOL.155,190). Lo importante para la validez del

convenio arbitral es que quede clara la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y sustraerse a la jurisdicción ordinaria.

- STS 11.02.2010, número sentencia 20/2010, número recurso 2524/2005 (TOL. 3,546,640). Es anulable un laudo que concede más de lo pedido o extiende el convenio arbitral a personas que no lo pactaron.
- STS 07.10.2010 (TOL.1,968,477). El arbitraje se ampara en la libertad de las partes a sustraerse de la jurisdicción ordinaria y debe valorarse la voluntad de estas; deben interpretarse las cláusulas del convenio arbitral según lo pactado por las partes. En el mismo sentido SSTs 05.02.2003 y 09.05.2003 número sentencia 433/2003, número recurso 903/1998 (TOL.274,471).

Audiencias Provinciales.

- SAP Barcelona, sección 15ª, de 31.10.1997, recurso 381/1996, (ROJ. SAP B 1002/1997). Rechazó el arbitraje societario. Desestimó la excepción de arbitraje opuesta por la demandada, viniendo a confirmar la sentencia del Juzgado, que había estimado la demanda en un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales.
- SAP Illes Balears (sección 5ª) de 12.06.1998, ponente: Mariano Zaforteza Fortuny (repertorio La Ley 72380/1998). Declaró la materia societaria arbitrable. Aceptó el arbitraje estatutario.
- SAP Barcelona (sección 15ª) de 17.02.1999, Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos (repertorio TOL.206.734 y La Ley 32631/1999). Declaró la materia societaria no arbitrable. Trató de la impugnación de un laudo que había declarado la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la junta general sobre ampliación de capital, emisión de acciones y adjudicación de estas. El parecer de la mayoría de los magistrados fue el de que quedaban excluidos de la disponibilidad de las partes aquellos acuerdos que afecten a los perfiles estructurales de la sociedad. Pero recayó un muy interesante voto particular en sentido distinto.
- SAP Alicante 26.02.99 y 22.03.99, recurso 924C/1997 (ROJ. SAP A 123/1999). El arbitraje es un equivalente jurisdiccional.
- SAP Pontevedra 10.06.99. El arbitraje es un equivalente jurisdiccional,

- SAP Palencia, 10.06.1999, recurso 26/1999 (ROJ. SAP P 230/1999), citando STC 15.04.1986. El orden público se vulnera en un laudo arbitral cuando se alteran los derechos y libertades fundamentales del capítulo II, Título I de la CE. En el mismo sentido ATS 01.02.2000 (ROJ. ATS 469/2000).
- SAP Granada (sección 3ª) 29.10.1999 (repertorio La Ley 150837/1999): en materia de arbitraje «...es materia de libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une».
- SAP Madrid 20.11.99 (TOL.206,930) y 23.09.2000 (ROJ. ATS 469/2000).El arbitraje es un equivalente jurisdiccional.
- SAP Madrid (sección 9ª) 22.12.1999, recurso 1/1998 (ROJ. 16865/1999). Todo lo atinente al régimen patrimonial matrimonial, cualquiera que sea el régimen establecido entre los cónyuges, es arbitrable sin restricción. El laudo arbitral confirmado por esta sentencia de la Audiencia Provincial fijaba el porcentaje del 50% de los ingresos del trabajo de cada cónyuge a la sociedad de gananciales.
- SAP Barcelona (sección 15ª) de 26.01.2000, núm. Recurso 1540/1997, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel (repertorio La Ley 23405/2000). Aunque declaró la materia societaria arbitrable, dijo que era «justificadamente discutida».
- SAP Madrid 04.04.2000, recurso 656/1998 (sección 21ª), (ROJ.5277/2000, Aranzadi Civil 1766/2009, La Ley 73949/2000). La libertad de las partes para acudir a un arbitraje y sustraerse a los órganos jurisdiccionales no vulnera la CE. El demandante acudió a la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid solicitando un arbitraje contra una empresa que, a su entender, le instaló mal el parqué de su casa. Recayó laudo arbitral que le dio en parte la razón; lo impugnó alegando que el convenio arbitral era dudoso, se le impuso el arbitraje y se vulneró su derecho a acudir a la vía judicial ordinaria. La Audiencia le dijo que el arbitraje no conculca la tutela judicial efectiva constitucional, sino que, además, su actuación de haber iniciado el arbitraje confirmó su voluntad expresa de haber querido someterse al mismo y al querer impugnar el laudo ahora implica una temeridad que mereció que la Sala le impusiese las costas por temeridad.

- SAP Madrid, sección 14ª, de 18.4.2000, núm. Recurso 1118/1998, Ponente: Pablo Quecedo Aracil (repertorio La Ley 84571/2000). Declara la materia societaria arbitrable. Dio valor al convenio arbitral aunque se consideró que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no se podía extender a algunas de las cuestiones resueltas en el laudo que era objeto de aquel recurso de anulación.
- SAP Madrid, sección 13ª, 14.09.2001 (repertorio La Ley 160592/2001): esta resolución judicial no manifestó ninguna restricción o reserva alguna sobre el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia resultante de un contrato de arrendamiento en el que el convenio arbitral era de máxima amplitud.
- SAP Sevilla, sección 8ª, de 23.01.2002, núm. Sentencia 25/2002, núm. Recurso 5590/2001, Ponente Julio Márquez de Prado Pérez (repertorio TOL.258.474 y La Ley 18533/2002). Declaró la materia societaria arbitrable. La Sala desestimó el recurso de anulación de un laudo arbitral. Declaró que «La doctrina jurisprudencial expuesta, que sigue la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 19 Feb. 1998 y la más reciente de 1 Oct. 2001, deja claramente sentada la posibilidad de conocer por el cauce arbitral la impugnación de los acuerdos societarios».
- SAP Zaragoza, sección 5ª, 04.11.2003 (ROJ. SAP Z 2564/2003). Los jueces ordinarios no están destinados para enjuiciar el acierto o no de los árbitros; esta no es su función en un recurso de anulación.
- Auto AP Barcelona, sección 14ª, 17.10.2003, número recurso 494/2003, (TOL. 324,522); y SAP Madrid, sección 13ª, 04.06.2002 (TOL. 221,546). El juez puede anular un laudo arbitral si contiene una cláusula abusiva de los derechos de los consumidores según la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y según directiva 93/73 CEE del Consejo 05.04.1993.
- SAP Barcelona, sección 15ª, de 16.09.2004, núm. Sentencia 400/2004 núm. Recurso 98/2002, Ponente: Luis Garrido Espa (repertorio TOL.537.581 y La Ley 190384/2004), declaró la materia societaria arbitrable. Estimó en parte el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, que había estimado la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Sala acordó desestimar dicha excepción, así como la demanda formulada por el actor contra una sociedad limitada. La decisión de la Audiencia se basaba en el art.

26 de los estatutos de la sociedad del caso que excluía la arbitrabilidad de lo que era objeto de demanda.

- Auto AP Madrid, sección 14ª, 05.11.2004, número auto 445/2004; número recurso 503/2004 (TOL.532,952); y AP Barcelona, sección 15ª, 02.12.2004, número auto 203/2004, número recurso 403/2004 (TOL.556,298). Establecen que el juez ordinario al examinar el recurso de anulación no puede entrar a interpretar las cláusulas del convenio arbitral.
- SAP Girona, sección 1ª, de 17.11.2004, núm. Sentencia 352/2004 y núm. Recurso 162/2004, (ROJ. SAP GI 1561/2004 y La Ley 275804/2004) desestimó el recurso de anulación sobre el que resolvió. Declaró que la materia societaria era arbitrable incluso en equidad.
- Auto AP Barcelona, sección 15ª, de 16.03.2005, núm. Sentencia 72/2005, núm. Recurso 693/2004, Ponente. Ignacio Sancho Gargallo (repertorio La Ley 62386/2005) se resolvió el recurso de apelación contra un auto del Juzgado que había estimado la declinatoria y había declarado la falta de competencia de jurisdicción, competencia que se reconoció en favor del Tribunal Arbitral de Barcelona, en un arbitraje estatutario. Estudia qué es la arbitrabilidad.
- SAP Barcelona, sección 15ª, 03.03.2006 (ROJ. SAP B 14854/2006), el convenio arbitral debe ser concreto para que no se extienda a aquellos negocios que las partes no pactaron, al tratarse de excluir la jurisdicción ordinaria, no puede ser entendido de forma tácita, lo cual no significa que no quepa un convenio en un convenio marco o de general agreement.
- Auto AP Valencia. Sección 7ª, 22.10.2007 (repertorio La Ley 216062/2007), declara ajustada a Derecho la decisión de las partes de someter a arbitraje la resolución de un contrato de arrendamiento.
- Auto AP Barcelona, sección 15ª, de 26.02.2008, núm. Auto 108/2008, núm. Recurso 837/2007, Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch (repertorio La Ley 246671/2008), declara arbitrable la materia societaria; declara la validez de la cláusula arbitral en un arbitraje estatutario y señala que las normas de derecho imperativo societario no son obstáculo para que la materia societaria sea objeto de arbitraje.
- Auto AP Barcelona, sección 15ª, de 05.03.2008, núm. Sentencia 112/2008, núm. Recurso 733/2007, Ponente: Blas Alberto González Navarro (repertorio

La Ley 27808/2008). Declara que la materia societaria es arbitrable. Desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria planteada por la demandada. Plantea dudas sobre la legalidad del arbitraje estatutario en las sociedades abiertas o cotizadas.

- Auto AP Madrid, sección 28ª, de 24.04.2008, núm. Sentencia 142/2008, núm. Recurso 293/2007, Ponente Enrique García García (repertorio La Ley 90710/2008). Declara arbitrable la materia societaria. Desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria planteada por la demandada. Declara la validez de las cláusulas estatutarias de arbitraje inscritas en el Registro Mercantil al objeto de poder someter materias corporativas y societarias a conocimiento de los árbitros. Y establece que el matiz imperativo de muchas de las normas que regulan las sociedades capitalistas no empece el carácter negocial y por tanto dispositivo de las mismas.
- La SAP Almería, sección 3ª, 25.04.2008 (repertorio La Ley 80152/2008), hace un estudio sobre las distintas posturas encontradas sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados de la propiedad horizontal y declara que es materia arbitrable.
- Auto AP Madrid, sección 28ª, de 22.05.2008, núm. Auto 155/2008, núm. recurso 334/2007, Ponente: Alberto Arribas Hernández (repertorio La Ley 85602/2008). Declaró arbitrable la materia societaria y del arbitraje estatutario. Desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de lo Mercantil que había estimado la declinatoria propuesta.
- SAP Valencia, sección 6ª, 25.06.2008 (repertorio La Ley 152950/2009), declara la propiedad horizontal materia arbitrable. «Por lo tanto, sometida a la decisión de los árbitros una controversia existente ente la comunidad de propietarios [...] y uno de los propietarios integrantes de la misma, como lo es la mercantil [...] es indudable la existencia y validez del convenio arbitral desde la óptica que puede ser objeto de análisis en el presente proceso de impugnación de la validez del laudo [...]».
- SAP Huelva (sección 3ª) de 12.11.2008, sentencia núm. 143/2008, núm. Recurso 194/2008, Ponente D. Antonio Germán Pontón Práxedes (repertorio

La Ley 301711/2008; EDJ 2008/349683). Declara que la materia societaria es arbitrable; esto es lo importante aquí. Sin embargo, en este caso concreto, la Sala, con una interpretación a nuestro juicio desatinada, dijo que como los estatutos sociales establecían que si para el nombramiento de árbitros para la impugnación de acuerdos sociales existiese un procedimiento especial habría que seguirlo, y la Sala entendió que ese procedimiento era el regulado en la LSA en la vía jurisdiccional y por ello no cabía la solución arbitral.

- Auto AP Barcelona, sección 15ª, de 02.12.2008, núm. Auto 369/2008, núm. Recurso 489/2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (repertorio La Ley 293896/2008). Declaró la materia societaria arbitrable. Declara el arbitraje estatutario como un verdadero convenio arbitral, que una vez inscrito en el Registro Mercantil también vincula a los socios futuros, pero esta resolución, a diferencia de otras de la misma Sala, no hace distinción entre convenio arbitral estatutario de sociedades cerradas y abiertas.
- SAP Madrid, Sección 28ª, 05.12.2008, recurso 5/2008 (repertorio TOL.1.462.529), los árbitros tienen potestad para estimar o no las excepciones sobre su propia competencia o sobre el proceso arbitral, conforme al art. 22.1 LA.
- Auto AP Barcelona, sección 15ª, de 15.01.2009 (Repertorio La Ley 17637/2009), denegó la ejecución del laudo dictado por un árbitro, no por tratarse de una materia indisponible sino por entender el Tribunal que el convenio de sometimiento a arbitraje inserto como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores [...] es nulo de pleno derecho, por abusivo, y por tanto debe tenerse por no puesto según el art. 10 de la ley protectora de consumidores y usuarios. Cita en apoyo el auto de la misma Sala (sección 14ª) 25-2-2004. El argumento principal fue que el convenio arbitral no se negoció individualmente, fue impuesto en un contrato típico de telefonía móvil, e impidió acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad.
- SAP Guipúzcoa, sección 2ª, de 16.04.2009, núm. Sentencia 2128/2009, núm. Recurso 2030/2009, Ponente Dña. Ane M. Loyola Iriondo (repertorio La Ley 88044/2009). Declara arbitrable la materia societaria. Expresó esta sentencia la validez de la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje.

- SAP Pontevedra, sección 1ª, de 21.01.2010, núm. sentencia 41/2010, núm. Recurso 498/2009, ponente D. Francisco J. Menéndez E. (repertorio TOL.1.843.033 y La Ley 8466/2010). Declara arbitrable la materia societaria, y estudia el convenio arbitral estatutario. La sentencia confirmó el laudo arbitral. Se basa en orden público para proteger el derecho de un socio o accionista que no pudo asistir a la junta general.
- Auto de la AP de Zaragoza 12.02.2010, núm. 63/2010 (ROJ. AAP Z 126/2010), se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco, en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas.
- Auto AP Madrid, sección 28ª, de 24.09.2010, núm. auto 125/2010 núm. Recurso 318/2009, ponente Enrique García García (repertorio La Ley 193275/2010). La Sala en este caso no permitió la impugnación por vía arbitral. Es interesante la distinción que hace este auto entre legitimación para la impugnación arbitral de acuerdos de la Junta General y del Consejo de Administración y la regulación de derecho imperativo que sobre los mismos contiene la Ley de Sociedades de Capital.
- SAP Madrid, sección 9ª, 20.10.2010 (repertorio La Ley 228732/2010), estudia la legislación arbitral anterior, con aplicación de la nueva Ley de Arbitraje, declara que los conflictos derivados de un contrato de arrendamiento pueden ser sometidos por las partes a solución arbitral.
- Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 14.12.2010 (ROJ. AAP TF 2408/2010), se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco, en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas.
- Auto AP Madrid, sección 10ª, de 15.12.2010 (repertorio La Ley 276608/2010), aplicando la actual LA 2003, con cita de jurisprudencia del

TS, Audiencias Provinciales de Barcelona, Vizcaya, Madrid y sentencias de la misma Sala dice: «Hemos declarado que el tema de la posibilidad de someter a arbitraje cuestiones relativas a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en especial las que atañen al arrendamiento de viviendas, por falta de pago de las rentas, siempre ha sido muy controvertido, si bien debemos tener en cuenta que el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje se expone que: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” [...] que partiendo de las anteriores consideraciones y atendiendo al carácter patrimonial de las normas concernidas por el arbitraje, no parece que la LAU haga indisponible la materia que regula, tanto más cuando se trata de determinar el cumplimiento contractual y, muy significativamente, el de la principal obligación del arrendatario, sin que en la suscripción del convenio arbitral se advierta ninguna situación de privilegio o abuso para el propietario que solo persigue la obtención de la contraprestación pactada por la cesión del uso y disfrute de la vivienda de la que es titular, y sin que en el caso se haya observado por la parte arrendataria una conducta dirigida a consignar la suma en cuyo impago se sustentaba la demanda de arbitraje».

- Auto AP Castellón (sección 1ª) 22.02.2011 (TOL 3.555.899), estimó la declinatoria de jurisdicción promovida por un banco, declarando que la cuestión planteada en la demanda corresponde a los árbitros, en virtud del convenio arbitral existente inserto en un contrato de cobertura de tipo bancario. La Sala entendió que no era un contrato de adhesión y que no se produjo un abuso del consumidor que venía celebrando con frecuencia contratos con el banco.
- Auto de la AP de Asturias 08.07.2011 (ROJ. AAP O 410/2011) y 24.10.2011 (ROJ. AAP O 488/2011). Se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco, en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas.
- Auto de la AP Barcelona, sección 16ª, de 19.12.2011, el convenio arbitral inserto en un contrato tipo de producto financiero comercializado por un

banco, la Sala consideró que el reclamante no ostentaba la condición de consumidor, no hubo abuso en contrato de adhesión, pues perseguía sus intereses y ganancias, y, por lo tanto, no había la necesidad de protección legal de la LGDCU, siendo el convenio arbitral válido, su objeto admisible.

- El auto AP Madrid, sección 13ª, de 23.12.2011 (ROJ. AAP M 14996/2011), en un caso de propiedad horizontal y arbitraje estimó un recurso de apelación contra un Juzgado que había denegado el despacho de la ejecución por causa de un laudo arbitral, la Sala declara la propiedad horizontal materia arbitrable y dijo: «Si el art. 9 de la Ley de Arbitraje [60/2003] permite que el convenio arbitral pueda adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, con tal que exprese 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 (cualquiera que sea su clase o naturaleza) contractual o no contractual, es obvio que el acuerdo válidamente adoptado en Junta de Propietarios reúne los requisitos que este precepto exige, en cuanto expresa la voluntad común, y única atendible, de la Comunidad sobre un asunto de su competencia [...]».
- Auto de la AP de Madrid 25.11.2011 (ROJ. AAP M 14157/2011), se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco, en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas.
- Auto AP Madrid, sección 13ª, de 22.12.2011 (ROJ. AAP M 14999/2011), con cita de resoluciones anteriores, en una resolución donde puso de relieve que en el objeto del arrendamiento de un local de negocio se acentúa la libertad de las partes para regular el contenido normativo del contrato dijo que «la resolución del contrato de arrendamiento de fincas urbanas no es materia indisponible para las partes. En consecuencia no es controversia excluida del arbitraje, conforme al art. 2 de la Ley de Arbitraje de 2003».
- SAP Madrid, sección 8ª, 23.01.2012, (ROJ. SAP M 521/2012). El arrendamiento es materia arbitrable.

- Auto de la AP León de 03.02.12, recurso 712/2011 (ROJ. AAP LE 279/2012) se pronunció sobre sometimiento a arbitraje de «todas las cuestiones» derivadas de un contrato marco (en este caso de permuta financiera) en el que no se deja duda de cuál fue la intención de los contratantes de suscribir un convenio arbitral sometiendo a arbitraje todos los conflictos que puedan surgir en ese contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución conforme al art. 9 LA y la extensión al arbitraje de todas las cuestiones derivadas.
- Auto de la AP de Asturias de 10.02.2012, núm. 493/2011 (ROJ. AAP O 95/2012), citando en apoyo otro de la misma Sala de 08.07.2011 (ROJ. AAP O 410/2011), donde se estudia un convenio arbitral en el que el contrato «contiene sumisión a arbitraje de todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, y de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad del contrato —de permuta financiera— como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato [...]».
- El auto AP Madrid, sección 9ª, 06.07.2012, recurso 435/2012 (ROJ. AAP M 12600/2012) declaró la posibilidad de someter a arbitraje de equidad controversias derivadas de un arrendamiento urbano, aplicando la LA 60/2003.
- SAP Madrid 15.02.2012, (sección 21ª), ROJ. 2271/2012. Estudia el concepto y límites del orden público español como motivo de nulidad de un laudo arbitral.

Tribunales Superiores de Justicia.

- STSJ País Vasco de 10.11.2011 (repertorio TOL.2.540.871) según la cual el artículo 9 LA contiene un criterio flexible y antiformalista sobre la forma del convenio arbitral, en este precepto «se consideran innecesarias formulas rituarias» pues lo «esencial es que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible».

- STSJ de Madrid de 13.03.2012, recurso 2/2011 (Repertorio TOL.2.514.062), estudia la autonomía conflictual del convenio arbitral. La Sala conoció de un juicio sobre nulidad de un laudo arbitral, en un arbitraje de carácter internacional y aplicó el actual art. 9.6 LA para establecer la aplicación de la ley de arbitraje española y de los Tribunales españoles para conocer del recurso de nulidad.
- STSJ Cantabria, Sala de lo Civil y Penal, 08.05.2012, recurso 4/2011 (ROJ. STSJ CANT 9/2012), con cita de varias sentencias del TS y con un estudio histórico de la legislación sobre arrendamientos y arbitraje hasta la actualidad, declaró que es materia arbitrable.
- STSJ País Vasco de 25.09.2012 (repertorio TOL.2.678.047). Igualmente sienta el criterio flexible y antiformalista sobre la forma del convenio arbitral en la vigente LA, ya que «se consideran innecesarias formulas rituarias» pues lo «esencial es que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible».
- **Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.**
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 febrero 1998. Cabe el convenio arbitral dentro de los estatutos sociales.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo 2005. Cabe que los estatutos sociales recojan un convenio arbitral.

ADENDA 1

Queda reformado el Capítulo Segundo. Régimen jurídico. Elementos del Convenio. Elementos personales. I. Capacidad de las partes. 4. Menores emancipados por Matrimonio, pues conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de Julio), que reforma los artículos 314 y 315 del Código Civil español, el matrimonio ya no es causa de emancipación. Además la edad para contraer matrimonio en España es a los dieciocho años.

ADENDA 2

1. PRINCIPIO DE LA JUSTICIA COLABORATIVA Y A MEDIDA
2. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DEL ARBITRAJE DOMESTICO Y
TRANSFRONTERIZO
3. PRINCIPIO DE CELERIDAD
4. PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION JUDICIAL
5. PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD
6. PRINCIPIO DE AUTONOMIA SUSTANCIAL Y CONFLICTUAL
7. PRINCIPIO DE EXPANSIBILIDAD DE LA MATERIA
8. PRINCIPIOS DE LA NATURALEZA JURIDICA INDETERMINADA
9. PRINCIPIO DE GENERALIDAD
10. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA
11. PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL CONVENIO ARBITRAL
12. PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES
13. PRINCIPIO DE RESPETO DEL ORDEN PUBLICO
14. PRINCIPIO DE ATIPICIDAD DE MODELO DE CONVENIO. NO EXISTE
MODELO TIPICO DE CONVENIO ARBITRAL
15. PRINCIPIOS SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACION
16. PRINCIPIO DE EFICIENCIA
17. EL APOYO DE LA MEDIACION

1. PRINCIPIO DE LA JUSTICIA COLABORATIVA Y A MEDIDA.

El convenio arbitral implica una forma de resolver las controversias de forma **colaborativa** entre las partes, buscar la forma en que quieren resolverla.

La LA permite mediante el convenio arbitral **diseñar** el futuro proceso arbitral casi **a medida**.

2. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DEL ARBITRAJE DOMESTICO Y TRANSFRONTERIZO

1. La LA busca que **España sea sede de arbitrajes** internacionales, fruto de la globalización, especialmente de Iberoamérica.
2. Convendría facilitar los arbitrajes internacionales para sociedades *offshore*.
3. Sí existen dos formas de ejecución de laudos (dictados **afuera o dentro** de España).
4. La LA es **territorialista** (se aplica a España) por tribunales nuestros, pero contiene normas para aplicarse a arbitrajes desarrollados en el extranjero.
5. Hay una necesidad de **armonizar** el régimen jurídico del arbitraje **interno** y del **internacional** (especialmente del arbitraje comercial internacional),
 - a. para promover su uso y unificar los criterios de su aplicación, para ganar una mayor eficacia. En este sentido, la **Ley Modelo** sería la ley ideal que debería asumir los Estados.
 - b. nuestra LA es **monista** y opta por una regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional. Se establece por primera vez en nuestra LA en qué casos el arbitraje es internacional, siguiendo los modelos de la Ley Modelo.
6. Sí existen dos formas de ejecución de laudos (dictados fuera o dentro de España).
 - a. La LA define en el art. 46 los laudos **extranjeros** como aquellos que no han sido dictados en territorio español.
 - b. La LA hace un reenvío al convenio de **NY 31** diciembre 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, del que España no ha hecho ninguna reserva.

3. PRINCIPIO DE CELERIDAD

1. La LA está imbuida del criterio de celeridad: busca que la resolución sea **rápida y veloz**, según la voluntad de las partes
 - a. Permite la renuncia tácita a la impugnación.
 - b. La iniciación de un procedimiento judicial en el que se haya interpuesto la excepción declinatoria no paraliza que el procedimiento arbitral se inicie y prosiga, para evitar juegos de bloquear el arbitraje.
 - c. La solicitud de medidas cautelares a la jurisdicción ordinaria no supone renuncia tácita al arbitraje.
 - d. La declaración de concurso (voluntario o necesario) no suspende el arbitraje en marcha.
2. La LA es aperturista al **facilitar el arbitraje institucional**, que sea un tercero que nombre los árbitros, esto permite celeridad en el procedimiento, menor coste, especialización de los juzgadores que conocen los usos de los contratantes, confidencialidad, incluso que intervengan profesionales no juristas.

4. PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION JUDICIAL

El principio de mínima intervención judicial aflora en la LA, la jurisprudencia y en la doctrina.

- a. El juez (TSJ) solo puede anular en el recurso de anulación un **convenio arbitral que cree inválido** o inexistente a instancia de parte que lo solicite en el recurso, no de oficio ni a instancia del ministerio fiscal.
- b. El juez (TSJ) puede anular en el recurso de anulación un convenio arbitral sobre **materias no disponibles**, de oficio, a instancia del ministerio fiscal o a instancia de parte.
- c. Fuera de lo anterior el juez no está llamado a intervenir en el proceso arbitral, pues lo contrario iría contra el principio de celeridad y rapidez y contra el principio de **kompetenz-kompetenz**.
- d. **El juez interviene como colaborador** en las medidas cautelares, práctica de prueba y ejecución, a instancia de parte.

5. PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

La LA establece que el **procedimiento arbitral es flexible**,

1. no se establecen **requisitos de forma y contenido** de los escritos de alegaciones
2. no se establecen **requisitos de demanda y contestación**, documentos a acompañar, preclusión,...
3. las partes pueden pactar que el arbitraje sea en **derecho o en equidad**, si no se dice nada se entiende que es en derecho. También caben fórmulas mixtas.
4. También es flexible porque **no exige que las normas de derecho aplicables tengan que tener conexión con la relación jurídica** o con la controversia (respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y de ordenamientos modernos).
5. La LA ha preferido el término "*normas jurídicas aplicables*" (pueden aplicar reglamentos, usos del comercio internacional, varios ordenamientos jurídicos) y no "*derecho aplicable*" (este se refiere a un determinado ordenamiento jurídico de un Estado).
6. La LA no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto.
7. Se permiten formas **diversas de terminar el proceso**, como laudos pactados y laudos parciales. Los árbitros pueden dictar tantos laudos como estimen necesarios, para asuntos incidentales o dictar uno de fondo. También pueden dictar *complementos* del laudo para suplir omisiones.
8. **El laudo es ejecutable** sin protocolizar.
9. Se alargan los plazos para corrección y aclaración, sobre todo en el internacional (meses).
10. **El laudo se puede impugnar mediante un procedimiento autónomo** de impugnación (anulación).

6. PRINCIPIO DE AUTONOMIA SUSTANCIAL Y CONFLICTUAL

1. El Principio **kompetenz-Kompetenz**: los árbitros tienen autonomía para decidir por ellos mismos sobre si son competentes o no para revisar la validez de un convenio arbitral (esté o no inserto en un contrato principal).
2. El convenio arbitral es autónomo en un doble sentido:

- a. Esta regla abarca la **separabilidad del convenio arbitral** respecto del contrato principal: la validez del convenio arbitral no dependerá de que sea válido el contrato principal.
- b. Porque **las partes pueden elegir las normas jurídicas** que resolverán sus problemas, **aunque no estén incorporadas al derecho interno.**
- c. Los **árbitros tienen competencia incluso para juzgar sobre la validez del convenio arbitral.** Las legislaciones son diferentes según los Estados (unos permiten que los árbitros se pronuncien sobre la validez del convenio arbitral o del contrato principal o de ambos a la vez. La LA permite las dos cosas).
- d. **El Reglamento de la CCI** establece que el tribunal arbitral no perderá su competencia aunque sea nulo el contrato principal.
- e. **Autonomía Sustancial**
 - i. Principio de competencia
 - ii. Principio de separabilidad
 - iii. Control de la competencia de los árbitros (no apreciable de oficio).
- f. **Autonomía conflictual**
 - i. Se quita el miedo a **la fuga del derecho**
 - ii. Las partes de la normativa aplicable.
 - iii. Las partes no eligen la normativa aplicable

7. PRINCIPIO DE EXPANSIBILIDAD DE LA MATERIA

- 1. La LA es expansiva, **amplia las materias arbitrables** no reduciéndolas a Derecho Privado.
- 2. Salvo las propias del **Derecho Laboral** y aquellas en que deba intervenir el **Ministerio Fiscal.**
- 3. Existen **materia con arbitrajes especiales:**
 - a. Consumo, seguro privado, propiedad industrial, transporte terrestre y aéreo, testamentario.
- 4. El arbitraje en las materias de:
 - a. **SOCIEDADES DE CAPITAL** quedó abierto tras la Ley 11/2011, 20 mayo. Quedan dudas sobre la afectación a socios que no fueron parte o se

opusieron a él, o las sociedades abiertas y las cotizadas en bolsa. Nuevos artículos 11 bis y 11 ter.

- b. El arbitraje en **ARRENDAMIENTOS y en la PROPIEDAD HORIZONTAL** quedó abierto tras la Ley 4/2013, 4 junio.
 - c. Se puede arbitrar en equidad en ambos casos.
5. La LA **podría haber sido más liberal** permitiendo el arbitraje de profesionales autónomos o de relación laboral especial.
 6. En temas de familia o lesiones corporales o a consecuencia de una falta. Campo hipotecario, industria, etc. caminando hacia una mayor <<desestatalización>> de las materias.
 7. La LA es **GENERALISTA** en la materias pues **no contiene un elenco** de material arbitrables, se limita a decir que son arbitrables las materias que son disponibles.
 8. Las materias disponibles **pueden variar cuando se trata del *exequátur*** de un laudo extranjero.
 9. La LA deja amplio campo para todos los actores que pueden firmar un convenio arbitral: **sociedades de capital, fundaciones, cooperativas, sociedad civil, comunidades de bienes, personas jurídicas públicas,...**
 10. La **CONTROVERSIA** no tiene que haber comenzado, puede **ser pasada, presente o futura.**
 11. La LA ha dado criterios claros sobre los **contratos subrogados o cedidos** de otros anteriores, o contratos con efectos indirectos de otros principales, o cuando los conflictos posteriores estarán sometidos sine die al convenio arbitral.
 12. En España **falta aún cultura arbitral**, aunque hay una expansión del arbitraje por el número de convenios arbitrajes suscritos, pero se asentó el arbitraje institucional, se generó un cuerpo de doctrina, se normalizó un cuerpo de jurisprudencia en los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje. Falta impulsar que se use más en el ámbito civil, pues se usa más en el comercial.
 13. Las partes han de tener la **libre disposición de la cuestión litigiosa** (históricos, constitucionales, semánticos), limitaciones a la facultad de disponer, **imperatividad de las normas**, la materias de libre disposición a lo largo de la jurisprudencia.

8. PRINCIPIOS DE LA NATURALEZA JURIDICA INDETERMINADA

La LA parece inclinarse por la **naturaleza jurídica mixta** del arbitraje (ni jurisdiccional ni contractual).

- a. Los **motivos de recusación y recusación** de árbitros a diferencia de la legislación anterior y de otras no son los de jueces y magistrados.
- b. Discrepo del parecer del TC al llamar <<**equivalente jurisdiccional**>> al arbitraje.
- c. No se exige la misma **capacidad jurídica** para contratar un convenio arbitral que para acudir a demandar en juicio.
 - i. Capacidad jurídica y **capacidad de obrar**
 - ii. **Menores** sujetos a patria potestad, menores emancipados, menores de vida independiente, incapacitados, tutores y mandatarios, cónyuges, concursados.
 - iii. **Personas jurídicas**: asociaciones, fundaciones, cooperativas, sociedad de capital, sociedad civil.
 - iv. **Prestación del consentimiento**: firma, aceptación tácita, subrogación y cesión de contratos, contratos de adhesión y protección consumidor, sociedades de capital.
- d. Ni se trata de jurisdiccionalizar el arbitraje ni de privatizar el proceso arbitral.
- e. **Art. 1261 CC**, consentimiento, objeto y causa.

9. PRINCIPIO DE GENERALIDAD

La LA es **general, básica y supletoria**.

- a. de la ley 22.diciembre.1953. Ley 36/1988, 5.diciembre. 1/2000, 7.enero LEC. Y Ley 60/2003, 23.diciembre. 11/2011,20.mayo
- c. Porque es aplicable a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial
- d. es supletoria de otras legislaciones del territorio español, ya sea para arbitraje administrado por entes públicos o privados.
- e. Se basa en el régimen jurídico la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 21 junio 1985, **UNCITRAL** / CNUDMI. Sería muy positivo adoptarla para todos los estados miembros.

f. Hubiese sido recomendable que la LA declarase la **Ley Modelo como supletoria** en todo lo no contemplado en ella.

10. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA

El convenio arbitral descansa en el principio de libertad de forma.

1. La LA es <<**antiformalista**>>, pues no requiere ninguna forma especial para pactar el convenio (hasta el “fantasma”).

2. La LA está totalmente abierta a las nuevas **tecnologías digitales** y electrónicas para la celebración del convenio arbitral; así como para comunicarse las partes y los árbitros.

3. El acuerdo arbitral entre las partes puede ser **oral**.

4. Se da validez al convenio arbitral **por referencia**, es decir, que no consta en el contrato principal sino en un **contrato separado**, pero se entiende incorporado el convenio arbitral al contenido del contrato principal por la referencia que se hace al separado.

11. PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, al igual que toda la LA, se sustenta bajo el principio del *favor arbitri*.

Esta es la postura del reglamento de arbitraje de la cámara de comercio internacional –el más extendido globalmente- vigente desde el 1.enero.2012, cuyo **art. 6.9** dispone que el arbitraje continuará aun en ausencia de un contrato inexistente o invalido siempre que el convenio arbitral sea válido.

El objeto del Convenio arbitral se puede ver desde el derecho español o desde el derecho convencional para decidir sobre la validez del convenio arbitral. También el objeto del convenio arbitral lo estudia el juez en la ejecución de un laudo interno o extranjero.

Este es tema central sobre la **nulidad del convenio arbitral** y se remite al art. 1261 CC, consentimiento, objeto y causa.

12. PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La autonomía de la voluntad de las partes es otro principio del convenio arbitral que inspira toda nuestra LA.

- g. El **arbitraje es voluntario** y las partes deciden cómo caminará en la mayoría de sus estadios.
- h. Pero debe quedar clara, en la forma que sea, la **voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje** y a aceptar el resultado del laudo.
- i. La LA restringe la intervención de la **jurisdicción ordinaria al mínimo indispensable**, salvo aquellos casos en que es obligatoria.
- j. La LA permite **medidas cautelares**, incluso *inaudita parte*, aún antes de haberse iniciado el convenio arbitral (novedad de la ley 11/2011, 20.mayo que reforma el art. 722 LEC). Como los árbitros carecen de potestad ejecutiva, para la ejecución de las medidas cautelares deben acudir al juez de primera instancia.
- k. La autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral se entiende integrada por la decisión que puede adoptar la institución administradora del arbitraje (según sus normas), o las que pueden adoptar los árbitros según el **reglamento arbitral al que se hayan sometido**.
- l. La autonomía se manifiesta tanto directamente a través de manifestaciones de voluntad de las partes como indirectamente a través de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o **se rija por un determinado reglamento arbitral**. (London Maritime Arbitrators, London Court of Arbitrations, NY, Singapur).
- m. **Se menciona 44 veces la frase << Salvo acuerdo entre las partes>>** . Si hay 46 artículos en la LA, significa que en algunos artículos se menciona varias veces, como el 37 se menciona cuatro veces. O frases similares. << las partes podrán>>, <Salvo acuerdo en contrario>>, <<previa consulta a las partes>>.

13. PRINCIPIO DE RESPETO DEL ORDEN PUBLICO

Un laudo arbitral contrario al orden público es nulo por conculcar los derechos y libertades fundamentales de la CE (cap. II, secc. 2ª).

Solo se anula si.

- . contrario al orden público (de oficio)
- . la materia no es arbitrable (de oficio)
- . convenio es nulo. Art. 1261 CC, consentimiento, objeto y causa.
- . la cuestión no estaba en el convenio
- . el procedimiento no era el fijado en el convenio arbitral

14. PRINCIPIO DE ATIPICIDAD DE MODELO DE CONVENIO. NO EXISTE MODELO TIPICO DE CONVENIO ARBITRAL

No existe un modelo válido de convenio arbitral.

1. En los **arbitrajes institucionales** hay que referirse a los **requisitos exigidos por sus reglamentos** para establecer la validez del convenio arbitral.
 - n. Está muy difundido el reglamento de la **Cámara de Comercio Internacional de Paris**, donde establece que si el Tribunal Arbitral está convencido *prima facie* de la posible existencia del acuerdo arbitral el arbitraje seguirá aunque una parte impugne el convenio por ser nulo, inexistente o no tener el alcance pretendido, en base al principio de *fumus bonus iuris*.
 - o. La LA también está imbuida de estos principios, se opta por el **principio de conservación** o el del criterio más favorable a que el convenio arbitral se conserve. Así es suficiente con que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de las tres normas jurídicas señaladas en la LA, **art. 9.6:**
 - i. Las normas jurídicas elegidas por las partes
 - ii. La aplicación al fondo de la controversia
 - iii. El derecho español.
3. El **Derecho comunitario** influye en el convenio arbitral especialmente en las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión o en el arbitraje de consumo. Nulidad del convenio arbitral.

4. **Contenido necesario** del convenio arbitral:
 - a. Las cuestiones litigiosas
 - b. La manifestación de la voluntad inequívoca de las partes.
 - c. Relaciones contractuales o no contractuales
 - d. Expresión de que la solución se someta a la decisión de los árbitros y obligación de cumplir sus decisiones.
5. **Contenido conveniente.**

15. PRINCIPIOS SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACION

Hay una reglas de interpretación del convenio arbitral.

- a. La LA remite (art. 4) por voluntad de las partes a las reglas de una institución arbitral o al contenido de determinado reglamento arbitral, por el principio de autonomía de la voluntad de las partes
- b. La función supletoria de la LA respecto de la autonomía de la voluntad negocial de las partes es muy grande y no se circunscribe a las reglas interpretativas de la misma LA.
- c. Interpreta el árbitro, la institución arbitral, las partes y el tribunal judicial (excepción dilatoria, en anulación, en ejecución y en exequatur). Aquí se puede decidir si el convenio es nulo (consentimiento, objeto y causa).

16. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

1. **Eficacia positiva y eficacia negativa** (efectos positivos y efectos negativos) del convenio arbitral.
2. **Ineficacia** del convenio arbitral

17. EL APOYO DE LA MEDIACION

La Ley 5/2012, 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles

- d. Es un método autocompositivo de resolución de conflictos mediante la intervención de un tercero que intenta armonizar las posturas a través de un tercero negociador que intenta mediante la comunicación aproximar posturas sin imponer una decisión.
- e. Es una **legislación supletoria** del Estado.

- f. Las partes pueden abandonar la mediación en curso, no en el arbitraje.
- g. Se exige un **curso especial** para ser mediador, no para ser árbitro.
- h.** Se rige al igual que el arbitraje por los principios de **voluntariedad, autonomía y flexibilidad.**
- i. El acuerdo de mediación debe constar en **escritura pública**, a diferencia del laudo arbitral.
- j. La mediación solo refiere a **asuntos civiles y mercantiles**, y nunca en temas penales, laborales, de administración pública o de consumo. El arbitraje solo excluye en la ley expresamente el laboral.
- k. La LM al igual que la LA determina los casos en que una mediación es internacional o transfronteriza.
- l. Hubiera sido conveniente introducir en la LM mecanismos para **armonizar las legislaciones de mediación y arbitraje en caso de conflicto**; p. Ej. En un contrato en el que se establezcan cláusulas de mediación y arbitraje y las materias no sean compatibles.
- m.** La LM permite que haya **instituciones que presten ambos servicio de mediación y arbitraje** guardando la confidencialidad y la imparcialidad. Hace falta en el **futuro reglamento que se clarifique este aspecto.**