

MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA

Silvia BARONA VILAR

CUESTIONES

1. *¿Cuáles son las bases normativas del arbitraje en su país?*

El arbitraje está regulado en España por un conjunto de normas de origen interno e internacional.

Normas de origen interno

Con carácter general, debe mencionarse la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE n. 293, de 7 de diciembre de 1988), que desarrolla desde el origen hasta el desarrollo del proceso y del procedimiento arbitral. Es especialmente significativa puesto que, si bien el arbitraje ha estado presente en la legislación española desde tiempos de Alfonso X El Sabio, tan sólo a partir de esta ley ha encontrado una regulación que la favorece. La Ley de Arbitraje se ha visto recientemente complementada en aspectos concretos tales como la adopción de medidas cautelares y en materia de ejecución del laudo arbitral, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 7, de 8 de enero de 2000).

Segundo, junto a esta Ley de 1988, que se encuentra en proceso de reforma, cabe mencionar un conjunto de disposiciones que regulan esta institución con carácter sectorial; tal como sucede, a título de ejemplo, con el RD 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que regula el arbitraje en materia de transportes; la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; el RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual, que regula el arbitraje en materia de propiedad intelectual, que en la actualidad se

halla en un proceso de modificación, habiéndose presentado un Anteproyecto que favorece y potencia las funciones mediadoras y arbitrales de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que regula el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento administrativo común, que regula el arbitraje contra la Administración, entre otros.

Normas de origen internacional

De entre las normas de origen internacional destacan dos convenios de carácter multilateral, que fueron ratificados por España en su momento. Hablamos del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE n. 164 de 11 de julio de 1977), y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE n. 238 de 4 de octubre de 1975).

Junto a estos convenios multilaterales, existen una pluralidad de convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras de naturaleza bilateral que incluyen al arbitraje dentro de su ámbito de aplicación. Se trata del Convenio con Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial de 10 de noviembre de 1896 (artículo 1), Convenio con Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales, y actas auténticas, de 28 de mayo de 1969 (artículo 1), Convenio con Italia sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 22 de mayo de 1973 (artículo 11), Convenio con la extinta Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987 (artículo 16), Convenio con México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 17 de abril de 1989 (artículo 8), Convenio con Brasil de cooperación jurídica en materia civil de 13 de abril de 1989 (artículo 27), Convenio con China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992 (artículo 24), Convenio con Bulgaria de asistencia judicial en materia civil, de 23 de mayo de 1993 (artículo 22), Convenio con Marruecos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997 (artículo 29).

2. En su país, ¿existe un arbitraje obligatorio junto al arbitraje voluntario?

No existe en España un arbitraje obligatorio sino tan sólo el arbitraje que se asienta en el principio de la autonomía de la voluntad, en consecuencia, sólo es posible el arbitraje voluntario.

2.1. *¿Qué impide la introducción de un arbitraje obligatorio?*

No existe arbitraje obligatorio en España. La Constitución española de 1978, en su artículo 24, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, del que se deriva la proclamación del libre acceso de todo ciudadano a los tribunales estatales. Consecuencia, la exigencia del arbitraje obligatorio supondría en España una traba al debido respecto al citado artículo 24, CE.

No obstante, especialmente significativa ha sido la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que introducía en su artículo 38.2 un arbitraje obligatorio para resolver aquellos conflictos derivados del contrato de transporte ante las Juntas arbitrales cuando la cuantía no excedía de 3,000 euros. Señalaba expresamente: “Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500,000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto en contrario”.

Cuestionada la constitucionalidad de este precepto, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, en la que declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 38.2 de la citada Ley 16/1987, al establecerse un arbitraje obligatorio injustificado y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española. Expresamente afirmaba:

Es evidente que un sistema como... el que se consagra en el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, resulta contrario... al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los jueces y tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos... La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes de someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto

es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución.

Y, precisamente, consecuencia de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 75/1996, de 30 de abril, vino a conceder el amparo al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto se le ha sometido al demandante en amparo a un procedimiento arbitral obligatorio, del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello.

3. ¿Cómo se nombran los árbitros?

Con carácter general son los artículos 12 a 20 de la Ley de Arbitraje los que establecen las pautas legales de nombramiento de los árbitros, así como las condiciones para ser árbitros y las normas de funcionamiento a efectos de designación del Presidente, del Secretario, así como las garantías de imparcialidad de los mismos. Obviamente, como punto de partida debe afirmarse la distinción entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional.

En primer lugar, la Ley de Arbitraje no dedica un precepto a la determinación concreta de los sistemas de designación de los árbitros, cuando de arbitraje *ad hoc* se trate; si que se refiere a la designación de los árbitros cuando se trate de un arbitraje institucional (artículo 14, LA). No obstante, del articulado de la Ley podemos afirmar que los sistemas de designación de los árbitros son los siguientes:

Designación por las partes: Según el artículo 9.1 Ley Arbitraje el convenio arbitral puede extenderse a la designación concreta del árbitro o árbitros que vayan a dirimir la contienda. Es más, es perfectamente posible que si las partes no hubieren pactado la designación in concreto de las citadas personas, en cualquier momento hábil, mediante acuerdo complementario, pueden hacerlo. Los requisitos para ser árbitro se establecen en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje, y el número de árbitros y su configuración en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

El artículo 12 dispone:

1. Pueden ser árbitros las personas naturaleza que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio.
3. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2.
4. Tampoco podrán actuar como árbitros los jueces, magistrados y fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel.

El artículo 13, por su parte, dispone:

El número de árbitros, que será siempre impar, y las reglas para el presidente del Colegio Arbitral, en el caso de ser varios, se fijarán por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres y el presidente del Colegio Arbitral será elegido por mayoría de los propios árbitros. Si éstos no llegaren a un acuerdo, ejercerá como presidente el árbitro de mayor edad. Cuando la administración del arbitraje se haya encomendada a una Corporación o Asociación la designación del presidente se hará de acuerdo con su reglamento.

Pueden designarse *por un tercero*, que puede ser tanto persona física como jurídica (artículo 9.2, LA).

Pueden los interesados encomendar la designación a las *Corporaciones de Derecho Público, asociación o entidad sin ánimo de lucro* a la que se confie la administración de arbitraje. El artículo 10.1 así lo prevé y se remite al artículo 14, LA, que expresamente dispone:

El nombramiento de los árbitros en el supuesto del artículo 10.1 se efectuará conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, siempre que se respeten los requisitos exigidos en la presente ley y sin que puedan ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

De este precepto se deduce, por tanto, que además de la exigencia de la concurrencia de los requisitos generales del artículo 12 para ser nombrado árbitro, se requiere el debido cumplimiento de unos requisitos específicos; se trata de requisitos negativos en cuanto se trata de circunstancias que no han de concurrir en las personas físicas a las que se pretende designar árbitro:

- a) Que hubiesen incumplido un encargo arbitral anterior por no dictar el laudo dentro del plazo establecido o de su prórroga.
- b) Que hubieran incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de las funciones arbitrales.

Por el Juez de Primera Instancia, lo que supone la asunción por el legislador de la *formalización judicial del arbitraje* (artículo 38.2, a contrario). Debe matizarse esta posibilidad, en cuanto la formalización judicial del arbitraje no es posible cuando de arbitraje institucional se trata.

En los supuestos de arbitraje institucional, las partes o interesados únicamente elegirán la Corporación o Asociación que administrará la solución del conflicto de acuerdo con sus propias previsiones reglamentarias y será quien a la postre designará a los árbitros, de acuerdo con las citadas disposiciones.

3.1. Con relación al arbitraje voluntario, ¿existen arbitrajes en los que la voluntad de las partes se ve limitada en relación con el nombramiento de los árbitros?

La voluntad de las partes en la designación de los árbitros juega como regla general con toda plenitud cuando de arbitraje voluntario se trata. No obstante, dicha voluntad viene condicionada:

- a) Por la exigencia legal del debido cumplimiento de las reglas en torno a los árbitros (requisitos, artículo 12; número y configuración, artículo 13).
- b) Asimismo, en aquellos supuestos en que el arbitraje voluntario es institucional, serán los reglamentos de las Corporaciones o Asociaciones los que se aplicarán tanto para la exigencia de los requisitos específicos que deben concurrir para ser nombrados árbitros, como para el sistema de designación de los mismos. En estos supuestos de arbitraje institucional la voluntad de las partes es tan sólo respecto

del sometimiento a la institución; a ésta le corresponde la designación de los árbitros, en la que no interviene la voluntad de las partes.

3.2. ¿Con relación al arbitraje obligatorio tiene la voluntad de las partes alguna influencia en relación con el nombramiento de los árbitros?

La inexistencia de arbitrajes obligatorios ha sido expuesta anteriormente.

3.3. ¿Cómo se garantiza la imparcialidad de los árbitros?

Se garantiza la imparcialidad de los árbitros por los mismos cauces por los que se garantiza la imparcialidad de los jueces, a saber, por medio de la abstención y la recusación.

El artículo 12.3, LA, dispone que no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y de recusación de un juez. Los preceptos aplicables son todavía los artículos 217 a 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de que la regulación de los procedimientos de la abstención y recusación, no las causas, se han regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero no se entienden aplicables hasta la entrada en vigor de los artículos 101 a 119 de la citada Ley (Disposición Final 17a.), momento que todavía no ha llegado.

A) Abstención: En la Ley de Arbitraje no existe una regulación específica de la abstención. Lo más próximo a ella es el artículo 17.3, según el cual la persona designada como árbitro, tan pronto como conozca la concurrencia de alguna causa que pueda determinar su recusación, está obligada a ponerla de manifiesto, y entendemos que debe también manifestarse a las partes.

La única obligación del árbitro, en este contexto, es poner en conocimiento de las partes la concurrencia de alguna de las causas del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La obligación no existe si el árbitro fue designado por las partes y éstas ya tenían conocimiento de la concurrencia de la causa en el momento en que se efectuó la designación.

Cuando las partes tienen conocimiento de la existencia de la citada causa, y el árbitro no se abstiene, pueden hacer uso de la segunda posibilidad, la recusación.

B) Recusación: Si existe recusación el árbitro debe apartarse del conocimiento del asunto, sin más; si no existe recusación, se produce una con-

formidad tácita de las partes o, si se prefiere, una situación que equivale a la designación por acuerdo de las partes de árbitro con la concurrencia de causa del artículo 219 LOPJ; lo que es evidente, es que posteriormente no podrá recurrirse por este motivo solicitando la anulación del laudo. Podemos apuntar, con carácter específico:

1. Si el árbitro ya conoce la concurrencia de la causa de recusación en el momento de aceptación por el árbitro, sería muy conveniente que no aceptara, si bien nada le impone esa decisión. Sería posible que el árbitro aceptara e inmediatamente ponga en conocimiento la existencia de la causa a que se refiere el artículo 17.3; ciertamente sería una postura jurídicamente correcta, si bien dudosa desde el punto de vista de la actuación arbitral.

2. Si el árbitro recusado acepta la recusación, se le apartará de sus funciones, procediéndose al nombramiento de otro árbitro en la forma que se prevé para el nombramiento de las sustituciones. Y si no la aceptare, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo (artículo 18 LA).

3. No es posible, con base en el principio de autonomía de la voluntad, un pacto de exclusión de la posibilidad de recusación. Quizás lo lógico sería fijar un plazo preclusivo para la recusación, si bien en los supuestos de carencia absoluta de determinación de dicho momento, habrá que entender que existe un momento procedural a partir del cual ya no se admite recusación alguna, sea cual fuere la causa que se alegare. Debe entenderse que este momento va a depender de cómo se haya conformado el procedimiento general, pero parece razonable que después de la última alegación de las partes y cuando se está ya en el plazo para dictar el laudo arbitral no debería admitirse una recusación arbitral.

4. La tramitación de la recusación suspende el procedimiento arbitral en tanto en cuanto se tramita la recusación.

5. Es el propio árbitro el que resuelve sobre la recusación (artículo 18). Puede: a) No aceptar la recusación, en cuyo caso cabe que la parte pueda plantear este motivo como anulación (artículo 45.2 LA); o b) Aceptar la recusación, en cuyo caso habrá que proceder a nombrar otro árbitro.

3.4. ¿Existe alguna regulación específica en relación con el arbitraje con más de dos partes?

No existe en España regulación específica alguna en relación con el arbitraje con más de dos partes.

No obstante, ello no es óbice a la posible existencia de un posible arbitraje con más de dos partes. En tal caso, su configuración y desarrollo vendría determinado desde la base del principio de autonomía de la voluntad.

3.5. ¿Existen normas específicas que regulen la relación contractual entre las partes y los árbitros?

No existen normas específicas que regulen la relación contractual entre las partes y los árbitros.

4. ¿Cómo se regula la relación entre los árbitros y los jueces?

No existe una regulación general y amplia de las relaciones existentes entre los árbitros y los órganos jurisdiccionales, si bien sí pueden determinarse algunas normas específicas en relación con determinados ámbitos (por ejemplo, en la formalización judicial del arbitraje, en materia de anulación, en el auxilio judicial para la práctica de prueba, entre otros).

Se trata, en todo caso, de una regulación que se refiere a la participación judicial en el arbitraje en relación con aquellos aspectos que, bien por falta de acuerdo de las partes o bien por la misma exigencia legal, van a intervenir los jueces en el desarrollo del procedimiento arbitral.

Sin embargo, no existe, como en otros países, una actuación conjunta en determinadas materias que lleve a que, bien con carácter previo al proceso judicial o bien intraprocesalmente se “invite” a las partes en conflicto a lidiar con un arbitraje antes de pretender alcanzar la solución por los órganos jurisdiccionales.

4.1. ¿Existe alguna forma de arbitraje en el marco de un proceso judicial cuya práctica sea impuesta a las partes por el juez al que acudieron?

No. En España, como apunté anteriormente, no existe una modalidad de arbitraje que pueda ser impuesta en el marco de un proceso judicial, es decir, por medio de los tribunales, ya con carácter previo o ya en un determinado momento del proceso mismo.

4.2. ¿Son las normas sobre cuestiones de competencia y litispendencia aplicables? En particular en relación con el arbitraje voluntario en sus diversas formas, y en caso de existir, con el arbitraje obligatorio.

La cuestión en España sólo viene reconducida al ámbito del arbitraje voluntario, al no existir el obligatorio. Y, en tal sentido, las soluciones que a continuación se exponen son perfectamente aplicables al arbitraje volun-

tario, cualquiera que fuere su forma. Deben distinguirse dos situaciones cuando de *questión de competencia* se trata:

A) Conflicto que se plantea ante los tribunales, existiendo un convenio arbitral por el que las partes, con renuncia a los tribunales de justicia, deciden someterse a arbitraje

En este caso, siguiendo lo que dispone la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se podrá interponer la declinatoria, como medio procesal para alegar por la parte que el conocimiento del litigio debe ser competencia de los árbitros. Así, debemos citar los preceptos que, como punto de partida, habrán de tenerse en consideración en el análisis de esta cuestión.

1. Se dispone en el artículo 39 LEC: “El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia”.

2. Por su parte, el artículo 63.1.1 LEC dispone: “Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros”.

3. Finalmente, la Disposición Final octava de la LEC/2000 viene a modificar el artículo 11, LA, siendo esencial en este sentido la sustitución que se realiza haciendo desaparecer la “excepción de arbitraje” por la de “declinatoria” en su inciso final.

B) Cuando la cuestión se plantea ante o por los mismos árbitros en la institución arbitral:

1. Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la competencia de los árbitros para resolver determinados conflictos intersubjetivos depende de dos elementos presupuestarios: a) Que se trate de materia susceptible de arbitraje (artículos 1 y 2 LA) y b) Que exista un convenio arbitral que se haya concertado con arreglo a lo dispuesto en la legislación arbitral (artículo 3.1 LA).

2. En tal sentido, deberán los árbitros analizar de oficio su propia competencia, y si consideraren que son incompetentes, deberán dejar de conocer automáticamente de la controversia. Y, cuando el árbitro no se ha abstenido, será pues el demandado el que podrá alegar la falta de competencia como motivo de oposición al arbitraje.

3. Así, el artículo 23.3 de la Ley de Arbitraje establece la posibilidad de que los árbitros aprecien de oficio la falta de su propia competencia objetiva, aunque no hubiere sido alegado por la parte. Se trata en realidad de que la materia que se ha sometido a arbitraje no es disponible (artículo 1, LA) o se trata de alguna de las que quedan excluidas del mismo (artículo 2, LA). Es más, si bien el precepto no señala ninguna causa más, hay que entender, sin embargo, que cabría también este control de oficio en aquellos supuestos en que concurre inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral.

4. Pese al tenor literal del precepto (artículo 23.3, LA), debemos entender que estamos no ante una potestad sino ante una obligación, como sucede con los jueces (artículos 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 48, LEC).

5. La cuestión que se plantea es el momento en que va a poder efectuarse ese control. Lo razonable es que se efectúe ese control en el momento inicial del procedimiento, dado que las actuaciones arbitrales posteriores serían inútiles, de otro modo. No obstante, no existe una imposibilidad de que en cualquier momento del procedimiento arbitral pueda llevarse a cabo el citado control, con la consiguiente posibilidad de que se llegue a dictar la nulidad de todo lo que se ha realizado por el árbitro hasta el momento.

6. El otro cauce para poder controlar la competencia del árbitro es mediante la oposición al arbitraje por la parte. Así, si el árbitro no se abstiene de oficio —porque cree que tiene competencia o porque no advierte que le falta—, y emplaza al demandado, éste puede, en sus alegaciones iniciales, denunciar la falta de competencia, siempre que éste venga referida a la falta de atribución o a la posible nulidad, inexistencia y caducidad del convenio arbitral. Aunque de forma breve, la oposición se regula en los artículos 23.1 y 2 LA.

La segunda cuestión que se plantea es la referida a la litispendencia, a la que nos vamos a referir específicamente en las preguntas 4.5 y 4.6 de este cuestionario.

4.3. ¿Cómo se articula la excepción de arbitraje? ¿Cuestión de competencia o a través de la contestación a la demanda? ¿Cuál es su naturaleza?

No existe ya en España, tras la reforma del artículo 11, LA, por la LEC/2000 la excepción de arbitraje sino que tan sólo es posible plantear esta cuestión mediante la interposición de la declinatoria, a la que ya nos referimos en el apartado anterior.

El sometimiento a arbitraje produce, en consecuencia, no sólo la exclusión de la decisión de la controversia por los tribunales ordinarios, sino también la propia actividad procesal. Se le otorga, en consecuencia, un tratamiento de un *incidente de previo pronunciamiento*. Se resuelve, con ello, el problema que existía con anterioridad a la LEC/2000 al no existir un cauce para que fuera opuesta y resuelta con carácter previo.

A través de la declinatoria se permite invocar el convenio arbitral, sin necesidad de contestar a la demanda, eludiéndose, de este modo, la posible renuncia al convenio arbitral.

Así, si el demandado decide hacer uso de la declinatoria, debe proponerla ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción (artículo 63.2, LEC), por medio de escrito. Propuesta la declinatoria se suspende, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar a la demanda —en el juicio ordinario— o el cómputo para el día de la vista —en el juicio verbal— y el curso del proceso principal (artículo 64.1, LEC).

La tramitación de la misma y la decisión se desarrollan en la LEC, en los artículos 65 y siguientes.

*4.4. ¿Es posible la *traslatio judicij* entre los árbitros y el juez, y viceversa?*

No es posible la *traslatio judicij* de los árbitros a los jueces ni de los jueces a los árbitros en el sistema arbitral español.

En consecuencia, van a ser las partes las que, en su caso, decidirán actuar para que el asunto cuestionado sea resuelto por el verdaderamente competente.

4.5. ¿Impide a los árbitros conocer de la controversia la pendencia de un proceso judicial ante los tribunales estatales?

Si mientras se está sustanciando un proceso judicial (*litispendencia judicial*) se iniciare un proceso arbitral para conocer de la misma controversia, parece claro que el proceso arbitral debe desaparecer. El problema, sin embargo, se suscita al tratar de determinar, en su caso, el medio a través

del cual el demandado va a poder poner fin al proceso arbitral. ¿Puede hacer uso de la excepción de litispendencia? Existen dos argumentos que nos llevarían a mantener la negativa:

1. La LA no excluye del arbitraje las cuestiones que se hallen pendientes ante la jurisdicción ordinaria, sino sólo aquellas sobre las que haya recaído ya resolución judicial firme y definitiva (artículo 2.1, LA).
2. El artículo 23.1, LA, no acoge como motivo de oposición al arbitraje la posible pendencia de un proceso judicial sobre la misma cuestión litigiosa.

Pese a los dos argumentos esgrimidos, la doctrina comparte la opinión de poder alegarse la citada excepción de litispendencia. No obstante, como presupuesto innegable se exige la pendencia de dos procesos, uno judicial y otro arbitral, en los que deben concurrir identidades subjetivas, objetivas y de la actividad. Si se dan esas identidades procesales no puede negarse, por considerar que concurre un claro principio de orden público procesal, que admitir la pendencia de los dos vulneraría los efectos de la litispendencia en su sentido negativo o de exclusión.

En consecuencia, si los árbitros estiman la oposición que se hubiere planteado, pondrán fin al procedimiento arbitral sin que quepa recurso alguno contra su decisión (artículo 23.2, LA). Si, por el contrario, se desestimare, la decisión arbitral de este contenido desestimatorio podrá asimismo impugnarse vía solicitud de anulación (artículo 23.2, LA).

Cierto es que la duda que se suscita aquí es la ausencia de un motivo de los del artículo 45, LA, que se refiera a esta posibilidad como motivo de anulación, lo que nos llevaría a entenderle integrado dentro del artículo 45.5, LA, referido al orden público (en este caso, orden público procesal).

4.6. ¿Impide a los jueces conocer de la controversia la pendencia de un proceso arbitral?

La *litispendencia* arbitral va a incidir en la jurisdicción ordinaria si una de las partes somete la misma controversia, primero a los árbitros y posteriormente a los jueces, en cuyo caso la exclusión del segundo proceso sólo será factible si el demandado invoca formalmente la existencia de un proceso arbitral pendiente con el mismo objeto.

El cauce para su planteamiento será la alegación de la litispendencia, y los presupuestos para poder plantear la excepción de litispendencia son: a) La existencia de dos pleitos pendientes; y b) La identidad subjetiva y objetiva entre ambos.

La nueva LEC/2000 en su artículo 416 hace referencia a la litispendencia, cuestión que será resuelta si se trata de un proceso ordinario en el trámite de la audiencia previa; y el artículo 421, LEC, se refiere sin más a la pendencia de otro juicio sobre idéntico objeto, lo que abre las posibilidades de que ese otro proceso sea bien judicial o bien arbitral.

En consecuencia, la pendencia de un proceso arbitral produce el efecto negativo o excluyente que proviene de la excepción de la litispendencia. De este modo, la previa pendencia de un arbitraje constituye un óbice procesal que impide al juez entrar a conocer sobre el fondo del asunto que se ha planteado.

El momento en que se produce la litispendencia arbitral es aquél en que los árbitros notifican a las partes por escrito la aceptación del arbitraje, momento a partir del cual, atendido lo que prescribe el artículo 22.1, Ley Arbitraje, comienza el procedimiento arbitral. Asimismo, la litispendencia cesa cuando se obtiene la firmeza del laudo que pone fin al proceso arbitral (a salvo, por ejemplo, de aquellos supuestos en que el procedimiento acaba sin laudo, por desistimiento, en cuyo caso la pendencia se mantendría hasta que devenga firme la resolución que finalice el proceso).

4.7. ¿Tiene la suspensión de un procedimiento arbitral alguna incidencia en la tramitación de una decisión de una cuestión preliminar por los tribunales estatales?

Tanto si lo que se está tramitando ante los tribunales estatales es una cuestión previa, como si se trata de una cuestión preliminar o una cuestión prejudicial, no afecta la posible suspensión de un procedimiento arbitral, dado que aquélla se va a resolver autónomamente, sin perjuicio de la posible suspensión del arbitraje.

4.8. ¿Qué incidencia tiene en la tramitación de una decisión de una cuestión previa por los árbitros la suspensión de un procedimiento pendiente ante los tribunales estatales?

La LA no señala nada a este respecto. Los Reglamentos de las corporaciones e instituciones destinadas a administrar el arbitraje institucional tampoco. Ello significa, por tanto, que no existe una disposición que resuelva

la cuestión planteada. No obstante, creemos que debe ser la voluntad de las partes, con base en el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, la que va a determinar, en su caso, la suerte de la cuestión previa-preliminar o prejudicial que se está resolviendo por los árbitros. En consecuencia, serán las partes las que decidirán si se debe suspender el procedimiento arbitral como consecuencia de la suspensión del proceso judicial o si debe continuarse el curso de su tramitación.

5. ¿Cuáles son los tipos de procedimiento arbitral?

En España existe sólo el arbitraje voluntario, esto es, aquel al que las partes, de común acuerdo, y por tanto, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad deciden renunciar a los tribunales y someter su controversia voluntariamente a los árbitros.

Y, asumiendo como punto de partida la existencia tan sólo del arbitraje voluntario, éste puede ser de dos tipos: a) El arbitraje *ad hoc*, instituido para conocer el conflicto tras la aparición del mismo; y b) El arbitraje institucional, en virtud del cual las partes acuden a una institución con el fin de que sea la misma la que organice el arbitraje, desde el nombramiento del o de los árbitros, hasta la delimitación del procedimiento arbitral.

5.1. En relación con el arbitraje voluntario, ¿existe un arbitraje ad hoc en el que la voluntad de las partes queda limitada en cuanto a la regulación del procedimiento?

Si bien el artículo 21.2, Ley Arbitraje, proclama la libertad en la delimitación del procedimiento arbitral, al señalar que éste se va a desarrollar según la propia voluntad de las partes, la libertad no es absoluta, y ello por cuanto este precepto —artículo 21.1— dispone: “El procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”.

Es más, la misma Ley de Arbitraje contiene una serie de preceptos en los que se establecen normas de desarrollo del procedimiento, tales como la preclusión de los plazos para formular las alegaciones de las partes (artículo 25.2, LA), se practicará prueba tanto a instancia de las partes como de los propios árbitros (artículo 26, LA), etcétera.

5.2. Con referencia al arbitraje obligatorio, ¿posee la voluntad de las partes algún tipo de influencia en la regulación del procedimiento?

No existe el arbitraje obligatorio y por tanto no incidirá la voluntad de las partes en la regulación del procedimiento que da forma a un proceso arbitral obligatorio.

5.3. ¿Cuáles son los poderes de los árbitros en materia probatoria?

En materia probatoria el precepto de la LA que debe tenerse en cuenta es el artículo 26, que dispone: “*Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes*”. En consecuencia:

1. Los árbitros pueden practicar prueba de oficio. Ello implica que pueden abrir la fase probatoria aun cuando no lo pida ninguna de las partes. El presupuesto para que pueda efectivamente procederse de oficio a la práctica de prueba debe ser el de que concurren hechos alegados por las partes en el trámite de alegaciones correspondientes en que los litigantes funden sus respectivas posiciones, y que estos hechos sean controvertidos.

2. Por su parte, los árbitros pueden, cuando ha mediado petición previa de parte de abrir la fase probatoria, tomar una decisión que consista en no decidir el pleito a prueba aún cuando sin embargo concurriesen hechos controvertidos, fundando a este respecto las razones de tal decisión. En cualquier caso se podrá impugnar esta decisión al solicitar la anulación del laudo.

3. Los árbitros deciden, tras acordar recibir el pleito a prueba, sobre la admisión de las pruebas propuestas, para lo cual el artículo 26 proporciona una serie de criterios a los árbitros, esto es, la impertinencia y la posible inadmisibilidad en derecho de las mismas, o, por el contrario, su pertinencia o admisibilidad.

La inadmisión de un medio de prueba la puede basar en alguna de estas tres razones: a) Porque se refiere a hechos no controvertidos. b) Porque es impertinente. c) Porque es inútil, en cuanto a la inadecuación de la prueba al fin que se persigue (probar uno o varios hechos). Asimismo, debe entenderse aplicable lo que dispone el artículo 287, LEC/2000, en relación con el proceso judicial, respecto de la posible inadmisión de uno o varios medios de prueba por considerarlos ilícitamente obtenidos, por vulnerar derechos fundamentales.

4. La práctica de los medios de prueba deberá realizarse ante el o los árbitros, en virtud de la debida exigencia del principio de inmediación a que se refiere el artículo 28, LA.

Esta inmediación va a quebrar tan sólo en dos supuestos: a) Cuando las pruebas se practican bajo la exclusiva dirección del juez de primera instancia (artículo 43, LA) o bien cuando, producida la sustitución de un árbitro en el curso del procedimiento arbitral, ya se hubieren practicado pruebas y el nuevo árbitro no estimara necesario que se reiteren porque se considera suficientemente informado por la lectura de las actuaciones (artículo 28, LA).

5. Si bien las pruebas se practican por regla general en la sede del local en que se desarrolla la actuación arbitral, los árbitros pueden en ciertos casos acordar que las pruebas se practiquen fuera del local o en lugar distinto al del arbitraje (artículos 24.1 y 43, LA).

6. Los árbitros pueden solicitar el auxilio judicial en la práctica de la prueba, cuestión a la que nos referimos en la pregunta 5.4.

5.4. ¿Se toma en consideración la asistencia judicial a efectos de la realización de pruebas?

Si, el artículo 27, LA, así lo permite. De este modo se dice: “Los árbitros podrán solicitar el auxilio del juez de primera instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el artículo 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos”. La redacción de este precepto ha llevado a considerar dos interpretaciones:

- a) Que se ofrece al árbitro una facultad de solicitar colaboración de los jueces en la práctica de la prueba en el proceso arbitral; esta interpretación es a la que se llega con el tenor estricto de la ley.
- b) Que lo que se está regulando realmente es una obligación, y en cuanto tal, el incumplimiento de la misma por los árbitros, a los efectos de favorecer la prueba en el arbitraje y, por tanto, a las partes, supondrá una posibilidad de reclamar responsabilidad de los árbitros, en atención a lo que prescribe el artículo 16.1, LA. Esta es la interpretación razonable de la ley, pero no es estrictamente lo que el precepto está señalando.

El presupuesto-base para poder solicitar la asistencia judicial en la práctica de la prueba es el que las pruebas no puedan ser practicadas por los árbitros, lo que permite señalar como tales, la práctica de una prueba documental que se halle en poder de la parte contraria o en poder de terceros (de modo que se solicite auxilio judicial a los efectos de adoptar medidas coer-

citivas para lograr la comparecencia de quien los posee); la posibilidad de que se adopte una medida de coerción que permita que el testigo comparezca ante la citación, entre otras.

5.5. ¿Pueden terceros ser llamados e intervenir en el proceso arbitral?

Teóricamente sí, si bien esta afirmación debemos matizarla.

1. No se regula en la Ley de Arbitraje de 1988 ni en los respectivos Reglamentos de las instituciones arbitrales tal posibilidad de llamar a terceros, no partes en el proceso arbitral, y permitírles la intervención en el mismo.

2. Lo anterior, sin embargo, no impide esta posibilidad, pese a que originariamente el tercero no interviniere en el sometimiento voluntario de la cuestión a arbitraje.

En primer lugar, y en relación con la posible intervención del tercero en el proceso arbitral —se entiende intervención voluntaria del tercero—, podría perfectamente intervenir el mismo, siempre que esta intervención venga aceptada por ambas partes en el litigio arbitral, lo que significaría un aval a su intervención.

Lógicamente su intervención voluntaria, lejos de ser pacífica, provocaría una serie de cuestiones que no pueden olvidarse, tales como los gastos que genera su intervención en el mismo, y que —entiendo— habrían de ser sufragados, mediante la debida contribución al pago de los gastos que se generan por la intervención de los árbitros y por el desarrollo del procedimiento; máxime si se tiene en cuenta que el tercero se convierte en parte en dicho proceso.

3. La segunda cuestión —la de la llamada al tercero— plantea quizás más problemas al menos desde el punto de vista teórico. La razón no es otra que los supuestos de intervención provocada, a los que se refiere el artículo 14, LEC, en relación con el proceso judicial pero que pueden ser tenidos en cuenta a estos efectos, son aquellos en los que el demandante o bien el demandado solicitan que intervenga un tercero.

En esos casos, si existe voluntad bilateral sucesiva de llamar al tercero, en principio nada impediría que así se hiciera. Los problemas, sin embargo, surgirán cuando una de las partes no acceda a la intervención del tercero a quien se pretende llamar. En este supuesto, la ausencia de voluntad de ambas partes, impide efectuar la debida llamada por el árbitro.

No debe olvidarse, a estos efectos, que en el plano de la doctrina procesal, los jueces tienen postedad jurisdiccional, que pueden ejercerla en contra de cualquier de las partes del proceso, pero el árbitro carece de la misma, lo que impediría imponer en tal sentido una solución de tal género, que llevara a llamar, en contra de la voluntad de una de las partes, a un tercero al proceso arbitral.

5.6. ¿Puede haber acumulación de procesos arbitrales?

Nada se dice en la Ley de Arbitraje sobre la posibilidad de acumular procesos arbitrales. Ello no impide, sin embargo, que así se haga. Y entendemos que la permisibilidad a que se refiere la LEC en la ordenación de la acumulación de procesos civiles debe abonar esta solución (artículos 75 y siguientes, LEC/2000). No obstante, vamos a matizar esta afirmación:

1. Sólo sería posible acumular procesos arbitrales cuando las partes en el conflicto fueran las mismas, dado que en el momento existiera cambio de sujetos en uno de los dos procesos arbitrales, carecería de sentido la posible acumulación de los mismos. La razón no es otra que no se puede imponer a quien no se sometió al arbitraje de ese árbitro o de esa institución arbitral, la decisión de reconducir su proceso arbitral a otro.

En tal sentido, debe partirse del principio general de que nunca es posible que sea el árbitro o el colegio arbitral el que de oficio efectúe la citada acumulación.

2. Asumida por tanto la posibilidad de acumular dos o más procesos arbitrales siempre que las partes de consuno así lo decidan, no existen límites objetivos a la misma, de modo que podrá asumir la competencia el árbitro o los árbitros que estén conociendo de la cuestión de mayor entidad, aplicándose, con ello, el criterio de que “el que puede lo más, puede lo menos”.

6. ¿Cuál es el posible contenido de las medidas arbitrales?

Los árbitros, además de las decisiones que le están posibilitadas en la Ley de Arbitraje, y que fundamentalmente van referidas a las normas de conformación del procedimiento, van a poder adoptar tan sólo medidas de carácter declarativo, a saber, todas a aquellas que comporten una declaración, dado que la ejecución de dicha declaración sólo podrá practicarse por medio del auxilio judicial a que se refiere el propio legislador arbitral.

6.1. ¿Pueden los árbitros dictar resoluciones meramente declarativas y resoluciones constitutivas?

Los árbitros pueden dictar un laudo meramente declarativo, en cuanto en el mismo se declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica ya existente. En este supuesto se agota de tal modo la satisfacción del actor, que no es título ejecutivo el laudo y no se procederá a dictar el mismo.

No es posible, sin embargo, las resoluciones constitutivas arbitrales. La razón no es otra que lo que se está planteando en el conflicto arbitral son derechos constitutivos y éstos son indisponibles para las partes.

6.2. ¿Pueden los árbitros adoptar medidas de carácter sumarial?

Los árbitros carecen de cualquier facultad para adoptar medidas de carácter sumarial. No existe en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de adoptar por los árbitros este tipo de medidas.

6.3. ¿Pueden adoptar los árbitros medidas cautelares?

La Ley Arbitraje, en el momento de su aprobación en 1988 tan sólo hacía referencia a la adopción de las medidas cautelares mientras se estuviera resolviendo el recurso de anulación planteado contra el laudo arbitral, en virtud de lo que dispone el artículo 50, LA, de 1988, y solamente por los tribunales. Ello llevaba a plantear las siguientes cuestiones:

1. Sólo era posible según el tenor estricto de la LA, las medidas cautelares en la fase judicial de impugnación del laudo arbitral, nunca durante la tramitación del procedimiento arbitral. Ello era duramente criticado por la doctrina, existiendo partidarios de defender la posibilidad de que mientras se tramitare el procedimiento arbitral, se pudieren adoptar medidas cautelares. Si bien la Ley de Arbitraje no lo prohibía, cierto es que los problemas que planteaba su admisibilidad no eran pocos, debido a la inexistente norma que regulare la competencia, el procedimiento, el momento, etcétera.

2. El órgano competente para adoptar estas medidas era, en virtud de lo que disponía el artículo 50, LA, el juez de primera instancia que fuera competente para la ejecución; ello planteaba serias cuestiones en la delimitación del criterio de competencia, dado que surgían las dudas acerca del competente ¿para la ejecución de las propias medidas cautelares que se llegaren a adoptar, o del laudo arbitral? Lo razonable era entender, y así se había venido defendiendo por la doctrina procesal, que debía ser competente el juez del lugar en que deba ejecutar el laudo arbitral.

La aprobación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha supuesto una importante mejora de la situación, y podemos apuntar como notas esenciales las siguientes:

- Se ha pasado de una tutela cautelar tan sólo posible en la fase del recurso de anulación (LA de 1988) a una tutela cautelar instrumental de todo el proceso arbitral, permitiéndose, tras la LEC/2000, la adopción de medidas ante causam, como cuando esté pendiente un arbitraje o incluso en fase posterior. En este iter ha sido esencial la posición de la jurisprudencia que, si bien en algunas ocasiones se ha mostrado contradictoria sobre estas cuestiones, cierto es que ha supuesto un paso adelante en la concepción permisiva de la tutela instrumental cautelar durante la pendencia del proceso arbitral.
- No se establece en ningún precepto la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares. Ello suscita todavía la cuestión de si éstos —los árbitros— pueden o no ser competentes para la adopción de las mismas, máxime cuando de admitirse la operatividad de la medida sería mucho más eficaz.

En tal sentido, nada impide en el ordenamiento jurídico español que un árbitro adopte medidas cautelares. Ello significa que un árbitro puede entender conveniente que se adopten una o varias medidas que favorezcan y garanticen la efectividad de la resolución que en su día se dicte. Lo que sucede es que esa posibilidad lo será tan sólo en lo que a la fase de “declarar” la medida se refiere.

Una vez declarada la medida o las medidas cautelares correspondientes, deberá solicitar el auxilio judicial para la adopción de cuantas medidas coercitivas sean necesarias para ejecutar las mismas. Ello convierte realmente en inoperante la adopción puramente declarativa arbitral de las medidas. Y es por eso que no existe en España cultura cautelar por los árbitros: a) Porque se necesita, en todo caso, la colaboración judicial en las medidas de coerción; y b) Porque los árbitros tienen miedo a incurrir en responsabilidad exigida por la parte que debe soportar la medida, al adoptar una medida cautelar sobre la que, en ningún precepto de la ley, pueda ser competente.

En consecuencia, la competencia reconocida legalmente para adoptar medidas cautelares en el arbitraje la tiene el tribunal competente del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el lugar donde las medidas deban surtir su eficacia (artículo 724, LEC/2000).

7. En relación con el arbitraje voluntario.

7.1. ¿De acuerdo con qué criterios se determinan las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje?

El criterio asumido con carácter general por el legislador español ha sido el de la libre disposición de una materia conforme a derecho (artículo 1, LA).

Ello comporta, en consecuencia, que no podrán someterse a arbitraje cuestiones litigiosas que afecten a derechos o titularidades a los que no se pueda renunciar o de los que no se pueda disponer por ser renuncia y disposición contrarias al orden público o perjudicar a terceros.

El problema en general que se plantea es que el intérprete de la norma no puede realizar una lista de las materias incluidas y excluidas porque ello le obligaría a repasar todo el derecho privado examinando una a una todas las materias imaginables, lo cual evidentemente es imposible. No obstante, puede entenderse como punto de partida que si el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad, en cuanto conformadora de las relaciones jurídicas, aquélla es evidentemente predominante cuando esas relaciones afectan a intereses económicos, la regla general debe ser favorable a la posibilidad de arbitraje cuando estemos ante materias patrimoniales; y que, por las mismas razones, la regla general debe ser la contraria en materia de personas.

Además, y como complemento de este principio positivo fundamental, que juega de manera especial y en un sentido negativo, no pueden ser objeto de arbitraje las materias disponibles cuando estén inseparablemente unidas a otras indisponibles. Por ejemplo, la reparación civil del daño causado por un acto ilícito puede ser objeto de arbitraje, aun cuando ese acto sea al mismo tiempo delito.

Además de los principios generales anteriores, el legislador español ha querido delimitar las materias que entiende deben excluirse del arbitraje. Resulta especialmente significativo observar que, frente a un criterio abstracto de inclusión de materias que pueden ser objeto de arbitraje, el legislador ha querido especificar las materias que deben excluirse del mismo, y que son, según el artículo 2, LA:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución, tales como podrían ser la liquidación del importe de los daños y perjuicios, la de

los frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, rendición de cuentas de una administración y entrega del saldo y la de frutos en especie, entre otras.

- b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos.

7.2. ¿Se admite el arbitraje en relación con litigios cuyo objeto refiere a derechos no disponibles para las partes?

No. El artículo 1, LA, mantiene como criterio, según lo apuntado, el de la disponibilidad con carácter general, lo que significa que las materias no disponibles no pueden ser objeto de arbitraje. Excepcionamos en cualquier caso, el arbitraje laboral, debido a que el artículo 2.2, LA, está expresamente excluyendo del ámbito de aplicación de esta Ley de Arbitraje a los arbitrajes laborales, en cuanto tienen un arbitraje propio.

7.3. ¿Coincide el conjunto de controversias que pueden ser sometidas a arbitraje con el ámbito de los derechos disponibles y/o con el conjunto de litigios que pueden ser objeto de transacción?

Coincide en el ámbito propio al que nos hemos estado refiriendo, de modo que tanto la ley general de arbitraje de 1988 como las normas sectoriales o específicas referidas a la regulación de un arbitraje están asumiendo como punto de partida que pueden ser sometidas a arbitraje las cuestiones referidas al ámbito de los derechos disponibles y/o que pueden ser objeto de transacción.

La excepción vendría configurada en el artículo 2.1 a) cuando excluye del arbitraje “aquellas sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución”. De este precepto y en relación con la cuestión suscitada, debe entenderse que puede que se trate de una cuestión disponible u objeto de transacción y sobre la que haya recaído ya una resolución judicial firme, en cuyo caso no sería susceptible de someterse a arbitraje. Sobre este punto ya nos hemos pronunciado en cuestiones anteriores.

7.4. ¿Puede ser la naturaleza imperativa de las reglas susceptibles de ser aplicadas un límite a la posibilidad de someter el litigio a arbitraje?

Sí. Hay determinados sectores del ordenamiento jurídico que no se entienden susceptibles de ser sometidos a arbitraje, tal como sucede, por ejemplo, con ámbitos como el derecho a la competencia, en el que la naturaleza imperativa de sus normas impide que se pudieren resolver los conflictos jurídicos planteados a través de la institución arbitral.

7.5. ¿Coinciden las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje con las controversias que pueden ser objeto de una cláusula arbitral?

Sí. Las controversias que pueden ser objeto del convenio arbitral son las mismas que las que por la configuración del legislador pueden ser sometidas a arbitraje, según aparecen delimitadas en los artículos 1 y 2 de la Ley de Arbitraje de 1988; preceptos a los que nos hemos referido anteriormente.

7.6. ¿Cuáles son los límites subjetivos de validez del arbitraje y de una cláusula arbitral?

En general debe afirmarse que los requisitos del convenio arbitral son los que se exigen para cualquier contrato (artículos 1261 a 1277, CC). Y, asimismo, el convenio arbitral debe cumplir los requisitos que se le exigen en esta modalidad contractual de la LA (artículos 5 a 11). Desde el punto de vista subjetivo, hay que tener en cuenta dos elementos esenciales:

- a) La capacidad de las partes para contratar: pueden acudir al arbitraje las personas físicas o jurídicas, en materia de su libre disposición conforme a derecho (artículo 1, LA). Por tanto, deben ser capaces, desde el punto de vista del ordenamiento y civil y deben tener disposición de las materias sobre las que se suscribe el convenio arbitral.
- b) Deben prestar el consentimiento, mediante la constatación de la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje. La cuestión surge respecto del denominado “consentimiento tácito”, lo que parece descartable a tenor de lo que prescribe la LA, en cuanto el artículo 6, LA, está exigiendo que el consentimiento se manifieste por escrito, lo que es realmente incompatible con esta modalidad del consentimiento.

El incumplimiento de los requisitos señalados daría lugar a la ineficacia del convenio arbitral.

Con carácter especial, es posible el denominado arbitraje testamentario al que se refiere el artículo 7 de la LA: 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. Se trata de una excepción en cuanto aquí es la declaración unilateral del testador la que decide someter la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro entre los herederos o legatarios no legitimarios acerca de la administración o distribución de la herencia. De este precepto se derivan unos límites subjetivos, cuales son esencialmente que las contiendas dirimibles lo sean entre sucesores, y que éstos sean herederos no forzosos o legatarios.

7.7. ¿Se admite una acción específica con vistas a la verificación de la validez del acuerdo arbitral?

No existe un cauce específico y concreto que permita la verificación de la validez del acuerdo arbitral. No obstante, a través del recurso de anulación previsto en los artículos 45 y siguientes de la LA es posible plantear la validez del mismo.

En tal sentido, el artículo 45 enumera los motivos del recurso de anulación, siendo el que aparece en el número 1: cuando el convenio arbitral fuese nulo.

Debe entenderse que la nulidad del convenio arbitral es una modalidad de ineficacia del mismo y entendemos que se produce cuando existen vicios que afectan a los requisitos esenciales del convenio, es decir, aquellos que vienen en la Ley Arbitraje exigidos. Así, cuando el convenio arbitral tenga por objeto materias no dispositivas, cuando se coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio respecto a la designación de los árbitros, entre otros. En estos supuestos, el convenio arbitral ha tenido una existencia material y jurídica, pero carece de eficacia por incurrir en algún vicio que se considera esencial en el convenio.

Es más, parece que el artículo 45.1, LA, también pretende dar la cobertura debida a los supuestos de caducidad del convenio arbitral, esto es, aquellos supuestos en que se delimitó la vigencia del convenio y ha transcurrido el plazo señalado, habiéndose producido la caducidad y, por tanto, la ineficacia del mismo. Ello puede ser también alegado en la fase del recurso de anulación.

7.8. ¿Se admite el arbitraje respecto de cuestiones que, estando vinculadas a la cuestión sometida al proceso judicial, no son técnicamente resueltas en éste (por ejemplo, la determinación de la cuantía de la indemnización sin perjuicio de la cuestión principal relativa a la determinación del derecho de compensación)?

Se admitiría siempre y cuando concurran dos condiciones esenciales:

- Que se cumpla con el principio general de que se trate de una materia disponible para las partes, atendiendo a lo que determina la misma Ley de Arbitraje.
- Y que sea perfectamente separable de la cuestión sometida al proceso judicial. Ello significa que sólo será posible cuando quepa una separación racional entre los disponible y lo indisponible, pero no si no hay posibilidad de separarlas por estar indisolublemente unidas, ya que en tal caso es la indisponibilidad la que va a primar sobre lo que puede ser disponible y, por ende, arbitrable.

En cualquier caso esa indisponibilidad a que se refiere el legislador específicamente en el artículo 2, LA, puede ser de dos clases:

1. Ciento es, en cualquier caso, que entre la materia disponible y la no disponible puede existir un nexo de inseparabilidad objetivo, derivado de la misma naturaleza de las cosas, en cuyo caso no podría someterse a una decisión arbitral ninguna de las dos, con arreglo a lo prevenido en el artículo 2.1 b) de la LA.
2. Puede suceder que el nexo de la separabilidad entre las materias disponibles e indisponibles sea consecuencia de la voluntad de los interesados, en cuyo caso tampoco cabría la separación de ambas materias, por lo que la indisponible provocaría una vis atractiva que impediría el conocimiento arbitral de la disponible.

8. ¿Hay diferentes clases de arbitrajes voluntarios?

En el sistema español es posible hablar de diferentes clases de arbitraje voluntarios, que van a venir delimitados por diferentes criterios, en atención a la misma naturaleza de la función que se desempeña y la exigibilidad de sometimiento a la ley a la buen saber de los árbitros; y, en otras ocasiones, los criterios que se emplean para delimitar la clasificación plural de diferentes procedimientos arbitrales puede venir marcada por la na-

turaleza de las relaciones jurídicas materiales que se ventilan en los mismos. Se desarrolla esta cuestión en las respuestas siguientes.

8.1. ¿Es posible distinguir entre los diversos tipos de arbitraje en relación con la naturaleza del procedimiento y/o las relaciones entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial, y/o los efectos reconocidos al laudo, y/o la regulación de los posibles recursos?

En relación con los criterios que se apuntan, es posible distinguir entre:

1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

El artículo 4, LA, permite que los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a derecho (arbitraje de derecho) o según su leal saber y entender (arbitraje de equidad). Las diferencias entre ambas modalidades de arbitraje son:

- En cuanto a las condiciones que deben cubrirse por los árbitros: los de derecho deben ser abogados en ejercicio, mientras que los de equidad bastará con que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículos 12.1 y 2, LA).
- No existen dos procedimientos (de derecho y de equidad) sino uno solo, sin perjuicio de la intervención que en el mismo se dé a las partes o incluso a la pluralidad de procedimientos que pueden ser regulados en los reglamentos de las instituciones o corporaciones que administran el arbitraje (artículo 21).
- En el arbitraje de derecho el laudo deberá ser motivado, mientras que en el de equidad no es necesario, sin que esto pueda significar vulneración del orden público o en perjuicio de terceros o fraude a la ley, de manera que si así se procediese, cabría interponer el recurso de anulación y la Audiencia Provincial podría controlar de oficio estos efectos. En cualquier caso, numerosa jurisprudencia de las Audiencias se ha pronunciado en torno a esta cuestión, argumentándose que la equidad no puede significar, en ningún caso, discrecionalidad del árbitro sino adecuación a la realidad, de manera que lo que importa es determinar si existe o no límite normativo a la posible decisión arbitral.
- Contra el laudo, dictado en cualquiera de las dos clases de arbitraje, sólo cabe plantear el recurso de anulación, con fundamento en los estrechos límites marcados legalmente en los motivos enumerados en

el artículo 45, LA. La opción legal en este caso es asumir que el arbitraje tiene la misma naturaleza sea de derecho o sea de equidad, y que no cabe una segunda instancia, judicial, que revise el contenido de fondo de la resolución arbitral. Esta opción se aplica tanto a cuando el laudo que se dictó fue el resultado del leal saber y entender de los árbitros como cuando el laudo se dicte aplicando el derecho al caso concreto. En ninguno de los dos supuestos le está permitido al órgano jurisdiccional controlar la decisión de fondo que en el laudo se adoptó.

- Especialmente significativa es la opción que ha hecho el legislador español en relación con estas dos modalidades de arbitraje, y ello por cuanto se entiende que se opta por el arbitraje de equidad (artículo 4.2, LA) siempre que no se diga expresamente que las partes acogen el arbitraje de derecho.

2. Arbitraje institucional versus arbitraje ad hoc

Las diferencias en relación con estas dos maneras de manifestarse el arbitraje no afectan a la naturaleza del procedimiento ni a las relaciones entre el procedimiento arbitral y la posible intervención judicial, ni a los efectos reconocidos al laudo, ni a la regulación de los posibles recursos.

3. Arbitraje común-arbitrajes especiales

El arbitraje común es el que se regula en la LA de 1988, si bien en la 1a. Disposición Adicional se refiere a la existencia de los denominados arbitrajes especiales, de modo que existen normas específicas que referencian a estos arbitrajes especiales, tales como el arbitraje de consumo, el de propiedad intelectual, el de arrendamientos, el de transportes, el de cooperativas, el de seguros, el de publicidad, el de propiedad horizontal, entre otros.

No obstante, la ley modelo que establece los límites y en suma la naturaleza del arbitraje es la Ley de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, de manera que, aunque existan normas específicas en relación con el procedimiento (acortamiento de los plazos, por ejemplo), ello no significa que existan diferencias en relación con lo que se ha apuntado con anterioridad, es decir, no afectan a la naturaleza del proceso arbitral mismo, ni a las relaciones que pueden existir entre los árbitros y los jueces en sus diversas manifestaciones e intervenciones que le permite la Ley de Arbitraje, ni en

relación con los efectos reconocidos al laudo, ni en la regulación de los posibles recursos.

4. Arbitraje ritual (sometido a la LA de 1988)-arbitraje irritual

La LA de 1988 mantiene la situación en términos similares a como venía regulada en la Ley de 1953, de modo que desde el artículo 3 puede mantenerse que el legislador ha querido ser continuista, sosteniendo una posición beligerante contra el arbitraje irritual, negándole incluso la existencia. Es obvio que si para conceder alguna eficacia a lo decidido por los árbitros, se exige aceptación por las partes *a posteriori*, después de que el laudo arbitral se haya dictado, se está perdiendo la esencia misma del arbitraje como institución. No tiene eficacia jurídica la decisión que se adopte en un arbitraje irritual salvo que con posterioridad a la decisión se convalide la solución a la que ha llegado el árbitro.

La LA de 1988 pretendió con esto potenciar el arbitraje ritual. De ahí que el artículo 3 disponga: el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de este ley. La interpretación literal de este precepto lleva a afirmar que el legislador arbitral español está mostrándose contrario al uso de la libertad de los ciudadanos respecto de un arbitraje irritual, al negarle validez alguna.

8.2. ¿Existe alguna diferencia entre el arbitraje jurisdiccional y el contractual?

No existe en nuestro sistema una diferencia entre lo que aquí se denomina como arbitraje jurisdiccional y el arbitraje contractual. Más bien, en la doctrina española se defiende que el arbitraje es contractual en su nacimiento, pero es jurisdiccional en su desarrollo y conclusión. Por tanto, en España la Ley de Arbitraje está configurando un arbitraje jurisdiccional.

Lo anterior no significa, sin embargo, que no pudiera darse teóricamente un arbitraje contractual. Ciertamente, ello significaría que a la poste estaríamos configurando un arbitraje que, en términos españoles, le denominamos como arbitraje irritual, no sometido al rito o norma arbitral, frente al arbitraje ritual, que es el jurisdiccional. Y, en tal sentido, es perfectamente posible pactar un arbitraje entre dos partes excluyendo la aplicabilidad de la Ley de Arbitraje, y ello aunque la Ley de Arbitraje no se refiera a esta posibilidad, pese a lo que apuntábamos respecto de la pregunta anterior, es decir, pese a que el artículo 3, LA, está determinando

la inexistente validez jurídica de lo acordado en dicho arbitraje irritual, a salvo de que con posterioridad las mismas partes revalidaran lo resuelto en el laudo dictado en dicho arbitraje no sometido a rito.

Es por ello que en los supuestos de los arbitrajes irrituales van a carecer de la fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico otorga a las decisiones arbitrales en el denominado aquí arbitraje jurisdiccional o sometido a la ley.

En caso de respuesta afirmativa:

8.3. La diferencia entre estos dos tipos de arbitraje, ¿afecta sólo a los efectos del laudo o también a su estructura y/o naturaleza?

Si atendemos a la consideración que hemos apuntado, distinguiendo entre arbitraje jurisdiccional como arbitraje ritual y arbitraje contractual, como arbitraje irritual, debemos tener en cuenta:

1. La diferencia esencial proviene de la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga al laudo que se dicta en un arbitraje jurisdiccional, de manera que tiene eficacia de cosa juzgada, y con fuerza ejecutiva para ser impuesta a las partes de manera coactiva, por medio de la intervención judicial, en los supuestos de incumplimiento de las partes. Por tanto, el laudo que se dicta en un arbitraje contractual carece de esa fuerza a la que nos hemos referido. La base contractual no puede extenderse a una cuestión de naturaleza pública.

2. En relación con la estructura, nada impediría que las partes pactaran una estructura semejante a la del arbitraje jurisdiccional; y nada impediría que fuere otra. En cualquier caso, la base contractual es la que, a la postre, va a servir para delimitar la estructura.

3. En cuanto a la naturaleza jurídica, es obvio que en el arbitraje contractual no estamos ante un verdadero proceso, como sí sucede con el arbitraje jurisdiccional. Si las partes quieren otorgar una estructura procesal al arbitraje irritual, es una opción que se asienta en la voluntad bilateral de las mismas, si bien no estamos ante un verdadero proceso arbitral, sino ante un contrato arbitral. Los mecanismos para impugnar, atacar o reclamar en ambas modalidades ponen de relieve que no estamos ante la misma naturaleza jurídica.

8.4. ¿Es válido el principio de la autonomía de la cláusula arbitral respecto de ambos tipos de arbitraje (por ejemplo, el principio del acuerdo)

do por el cual la nulidad del contrato no afecta necesariamente a la cláusula arbitral en el contenido)?

Sí, es válido.

El convenio arbitral puede pactarse por separado, de manera independiente de un contrato principal en el que las partes se comprometen a distintas prestaciones; no obstante, lo normal es que figure como cláusula dentro del contrato principal. Es por ello que en la práctica se le suele denominar como cláusula arbitral (artículo 6.1, LA).

El artículo 6.1 dispone: “El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo”.

No obstante, bien incardinado como cláusula incorporada a un contrato principal o bien de manera independiente, el convenio arbitral es un contrato diferente e independiente del contrato principal. Esto es obvio, dado que el convenio arbitral se fundamenta en la idea de sometimiento del conflicto jurídico entre las partes a uno o varios árbitros, con renuncia de la jurisdicción, se convierte así en una institución dirigida al “apartamiento” de la jurisdicción. Diferente, por tanto, del propio fundamento del contrato principal, en el que su fin esencial es el de regular las relaciones jurídico-materiales entre las partes contratantes.

La autonomía del convenio arbitral viene consagrada en el mismo articulado de la Ley de Arbitraje. Así, el artículo 8 dispone: “La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio”, además de referirse a la misma la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

En consecuencia, la posible nulidad del contrato principal no comporta, como punto de partida, la de la cláusula arbitral. No obstante, cierto es que en ocasiones la nulidad del contrato principal se debe a la concurrencia de un vicio que afecta no sólo al contrato principal sino también a la cláusula arbitral, tal como sucede, a título de ejemplo, con la falta del consentimiento de una las partes contratantes. En este caso, el vicio está presente en ambas modalidades contractuales, y es por eso que la nulidad lo es de ambos.

8.5. ¿Se admite el arbitraje de equidad (ex aequo et bono)?

Sí. Es más, no sólo es que se admite en la La Ley de Arbitraje española el arbitraje de equidad, sino que, como se ha venido argumentando en la pregunta 8.1 anteriormente respondida, la Ley de Arbitraje opta por esta

modalidad de arbitraje de manera preferente. Así, siempre que no se diga otra cosa, se entiende que las partes están optando por el arbitraje de equidad (artículo 4.2, LA).

Dispone el artículo 4.2, LA: *En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.*

Se asume, por ello, la solución contraria a la que se había venido manteniendo en la Ley de Arbitraje de 1953, en cuanto en ésta se pretendía primar el arbitraje de derecho en contra del arbitraje de equidad, de modo que si las partes nada pactaban al respecto, se entendía que la opción lo era por el arbitraje de derecho. Con esta posición se había venido desconociendo la realidad histórica arbitral.

El cambio en este sentido se produce con la Ley de 1988, que altera sustancialmente la situación y, aun partiendo del principio general de la libertad de las partes para elegir entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, se mantiene en este caso la preferencia por el arbitraje de equidad, salvo que se diga lo contrario.

9. *¿Incluye el arbitraje voluntario transacción y acuerdos de conformidad con independencia de que su contenido sea determinado por una tercera parte? ¿Incluye el arbitraje voluntario también el mandato conjunto de transaccionar y de estipular un acuerdo de conformidad o conciliatorio?*

No se regula explícitamente en la Ley de Arbitraje la transacción y los posibles acuerdos que llevaran a alcanzar una conformidad del conflicto jurídico planteado.

Tampoco se incluye en la regulación del arbitraje un mandato a la transacción o a la consecución de un acuerdo que comporte la conformidad de las partes o la conciliación, a la poste de ambas.

A pesar de la no inclusión de estas posibilidades, ciertamente debe afirmarse que esta posibilidad existe y puede, por tanto, obtenerse una transacción, un acuerdo, una conformidad en el desarrollo propio del arbitraje. El fundamento de esta posibilidad, lejos de hallarse en la misma normativa arbitral, lo encontramos en la esencia misma de la institución arbitral, que es el principio de autonomía de la voluntad, la libertad de los sujetos que acuden al arbitraje. Es más, la Ley de Arbitraje está expresamente permi-

tiendo que las partes que han acudido al arbitraje puedan incluso desistir del mismo o suspenderlo. Así, el artículo 31 dispone: “En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado”. En consecuencia, cualquier solución a la que pueda llegarse por las partes, durante la tramitación arbitral, aun cuando se trate de asumir una solución en la que puede haber intervenido un tercero, si existe voluntad bilateral, producirá efectos en el proceso arbitral.

Con carácter especial, destaca también, a estos efectos, el artículo 12.4 del RD 636/1993, que regula el sistema arbitral de consumo y en el que se establece la posibilidad de que en la audiencia del procedimiento arbitral de consumo “se podrá intentar la conciliación de las partes, que, de lograrse, se recogerá en el laudo”. Se está con ello asumiendo esas posibilidades de pactos conciliatorios a los que el legislador quiere otorgar cuerpo de laudo arbitral.

Cuestión distinta es, sin embargo, si existe un mandato de llegar a una transacción en el mismo arbitraje. Si la voluntad de las partes es la de fijar esa obligatoriedad en el mismo arbitraje, parece que no habría dudas a su admisibilidad. No obstante, esta fórmula podría plantear más problemas, dado que la exigencia aquí de la voluntad inequívoca de las partes de introducir ese mandato conjunto de transaccionar y de estipular un acuerdo conciliatorio es, en cualquier caso, *extra legem*. El principio de autonomía de la voluntad lo que hace es ofrecer una cobertura posible a este tipo de actuaciones, pero obligar a que en el arbitraje se llegue a un laudo conciliatorio, por ejemplo, no tiene demasiado sustento en un sistema como el español.

Con carácter más específico, en relación con estas cuestiones y más concretamente en relación con el laudo conciliatorio, pueden leerse las respuestas a las cuestiones enumeradas en el 11, a las que nos remitimos.

10. ¿Cómo se diseña el informe de experto o de árbitro?

10.1. ¿Cuál es su regulación?

En España con tal denominación no se conoce figura alguna. Quizás lo que más se aproximaría sería —y por ello vamos a hacer referencia a las dos— lo que ha venido conociéndose doctrinalmente como arbitrio de tercero, que se considera como “la realización de una actividad negocial mediante la remisión a la decisión de un tercero”, que en Italia la doctrina ha

denominado *arbitraggio*; y, en segundo lugar, vamos a hacer referencia a los peritos dirimentes.

En primer lugar, y haciendo referencia a la figura del arbitrador o arbitrio de tercero, debe decirse que se trata de una figura que debe distinguirse del arbitraje, en cuanto, pese a la semejanza terminológica, no es en absoluto un arbitraje. Se habla ciertamente de arbitro-arbitraje y de arbitrador-arbitrio de tercero; son figuras fronterizas no confundibles entre sí. Y, este carácter fronterizo se podía apreciar en la anterior Ley de arbitraje (Ley sobre Régimen Jurídico de los Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953) en cuyo artículo 2 se decía que “no se considerará arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”, añadiendo que “en este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece”. Es más, incluso en la misma Exposición de Motivos de la Ley de 1953 también se hacía referencia a la necesidad de distinguir entre arbitro y arbitrador, como figuras afines que eran.

Sin embargo, en la actualidad no existe un tratamiento unitario de la figura del experto arbitrador en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Ello no es óbice a la posible existencia de algunos preceptos aislados y fragmentarios en los que un tercero va a ejercer una cierta intervención en una relación jurídica, de manera que se le va a otorgar validez y eficacia a su arbitrio (a su intervención como experto) como elemento integrador de esta relación. Y en tal sentido, entre otros pueden citarse así algunos supuestos en que este arbitrio puede llevarse a cabo, tales como:

- En la determinación del precio de la compraventa (artículo 1447 del CC).
- En la determinación de la partición en pérdidas y ganancias en el contrato de sociedad (artículo 1690, CC).
- En la aprobación por un tercero en el contrato de obra (artículo 1598, CC).
- En la condición dependiente de un tercero (interpretación a *sensu contrario* de los artículos 115 y 1256, CC).
- En la división de las cosas comunes (artículo 402, CC).
- En la determinación de herederos o legatarios y de partes en la sucesión (artículos 670 y 671, CC).

- En la determinación en la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 406, CCom —derogado—, 380, CC; 846 y ss, especialmente el 851, CCom).

Estas son algunas de las normas en que se puede encontrar la figura del arbitrio de terceros. Claro está que con base en el principio de autonomía de la voluntad parece que no existe ningún inconveniente en remitirse a un tercero para “completar o integrar” otros aspectos de una relación jurídica aún no definida totalmente. En este sentido se habla del arbitrio de tercero en los siguientes términos: arbitrio como actividad de intervención en la formación del contrato; arbitrio como actividad de determinación de la prestación; arbitrio como actividad de determinación del contenido del contrato; arbitrio como actividad de integración del contrato; arbitrio como actividad de integración de una relación jurídica.

Si bien de forma un tanto polémica, sin embargo, se ha considerado por un sector de la doctrina que el procedimiento que se recoge en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguros es un arbitrio de tercero; y también se ha considerado que la figura que contemplaba el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual (mediador para determinación de la remuneración compensatoria por copia privada) se debía encuadrar en esta figura, en la del arbitrio de tercero.

Una segunda figura es la del perito dirimente o pericia contractual. Las partes atribuyen en este caso a un tercero, precisamente por sus cualidades técnicas, la función de realizar una determinada actividad sometiéndose al resultado de la misma, el cual debe valer como expresión de su propia voluntad, y de ahí que el acuerdo de las partes sea obligatorio y válido para las mismas con los requisitos y efectos de un contrato.

La discusión doctrinal sobre los peritos dirimientes se centra, precisamente, en torno a su naturaleza jurídica, estando de acuerdo la doctrina con la consideración de que en absoluto estamos ante un arbitraje. El o los peritos dirimientes no resuelven el conjunto de una controversia, y no la resuelven aplicando normas jurídicas o equidad, sino que realmente concurren a determinar el objeto de una obligación o a fijar si se ha cumplido correctamente, sirviéndose a tal efecto de los conocimientos técnicos en la materia. No hay arbitraje porque no hay una solución sobre toda la controversia sino que sólo se pronuncian sobre una faceta muy específica de la misma que es de hecho, no de derecho ni de equidad, y que servirá, en su

caso, de sustento para que el órgano que resuelve heterocompositivamente el conflicto —sea juez o sea árbitro— así lo haga.

Es importante tener en cuenta una cuestión cuando se trata de la intervención de estos peritos: si una parte no cumple con lo que ha sido dictaminado, habrá de acudirse por la otra al proceso declarativo que corresponda, o, en su caso, a un proceso arbitral, para de ese modo obtener una resolución de condena que, en caso de no cumplimiento voluntario, pueda ser objeto de ejecución.

11. ¿Cuál es la relación entre arbitraje y conciliación?

En España no existe con carácter general una relación en la norma arbitral entre el arbitraje y la conciliación. La Ley de Arbitraje no hace referencia alguna en su articulado a la posibilidad de que la institución se combine con la conciliación.

Durante muchos años la conciliación y el arbitraje han convivido como dos instituciones reguladas en normas diferentes, que no encontraban un camino común en la finalidad de alcanzar un acuerdo. De este modo, se han convertido en instituciones *de iure* alejadas la una de la otra, y alternativas.

Sin embargo, *de facto* la situación en España ha ido cambiando en estos últimos tiempos, y sobre todo en el ámbito propio de ciertos arbitrajes especiales. Así, en la actualidad existe un proceso arbitral, el que se puede desarrollar para resolver los conflictos en materia de consumo. Especialmente, destaca el artículo 12.4 del RD 636/1993, regulador del sistema arbitral de consumo, en el que se potencia la posibilidad de la conciliación en este procedimiento, de modo que de alcanzarse la misma, ésta quedaría plasmada en el laudo arbitral que se dictase al finalizar el proceso. De hecho, cuando se ha llegado a una solución de común acuerdo mediante técnicas conciliatorias, el laudo que se dicta al finalizar el proceso arbitral se le viene denominando como “laudo conciliatorio”.

11.1. En particular, ¿se exige un intento de conciliación previo a efectos de poder acudir a un arbitraje?

No. Consecuencia de cuanto hemos expuesto anteriormente, la vida autónoma e independiente de ambas instituciones —la conciliación y el arbitraje— así como la inexistente regulación común de las mismas, ha supuesto una cultura de inexigibilidad de conciliación con carácter previo al acceso al arbitraje.

Debe tenerse en cuenta que en España la conciliación ha sido históricamente una institución netamente judicial, a salvo de algún supuesto excepcional en materia laboral, en el que se ha querido conformar un Servicio de mediación y conciliación laboral, ajeno al mundo judicial, y al que obligatoriamente se ha de acudir, pero para posteriormente acudir no al arbitraje laboral, sino al propio proceso judicial laboral.

Teniendo en cuenta esa clara naturaleza de la conciliación, vinculada a los jueces, la regulación de la misma ha venido históricamente siendo regulada en el marco del proceso civil, y más concretamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es más, hasta 1984 la conciliación era obligatoria en el proceso judicial civil, de modo que se convertía en un claro presupuesto de procedibilidad del mismo. A partir de la reforma de la LEC de 1984, la inoperancia y la consideración de la conciliación como un puro trámite que carecía de efectividad de cara a la reducción del número de demandas civiles, la convirtieron en potestativa, y, con ello, la condenaron a ser una reliquia del pasado.

No obstante, la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha supuesto dos novedades en este sentido: se mantienen vigentes los preceptos de la LEC/1881, pese a haber sido derogada la misma por la LEC/2000, referidos a la conciliación postestativa, y ello hasta que se apruebe la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria; Ley que, según la Disposición Final Decimoctava debía haberse aprobado ya, en cuanto en un plazo de un año desde que entró en vigor la LEC/2000 (8 de enero de 2001), es decir, el 8 de enero de 2002, el gobierno debía haber remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. La situación en España en estos momentos es que es ahora cuando se ha configurado un grupo de trabajo para elaborar el texto que pueda en su día ser debatido y, en su caso aprobado, como Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

11.2. ¿Aparece la conciliación como un presupuesto del procedimiento arbitral y una condición para el posterior desarrollo del mismo?

En los mismos términos anteriormente expuestos, no es la conciliación ni presupuesto del procedimiento arbitral ni *conditio* para el posterior desarrollo del mismo. Para que así fuera, el legislador debería haberlo regulado de este modo, y no lo ha hecho.

11.3. ¿Se usa el intento de conciliación como un método opcional con vistas a definir la controversia solventada en el procedimiento arbitral?

Sí. Bien es verdad que no es un criterio común que se sigue con carácter general. La Ley de Arbitraje no recoge esta posibilidad, no existe precepto alguno que haga específica referencia a la concatenación que puede efectuarse para la definición del conflicto planteado arbitralmente, pero ello no es óbice a que la conciliación pueda servir de método opcional para definir la controversia que se plantea en el procedimiento arbitral.

Por tanto, y como ya comentamos en la introducción previa en la contestación a la pregunta 11, efectivamente, aun no existiendo una regulación general que así lo permita, ni que lo exija como requisito previo del procedimiento arbitral, cierto es que en algunos arbitrajes especiales, como el que se regula en materia de consumo, se hace referencia a la conciliación (artículo 12.4 RD 636/1993). Supone, a la postre, una intervención mayor de la voluntad bilateral de las partes la que acentúa la solución al conflicto jurídico en materia de consumo planteado. Y, estadísticamente se demuestra que el laudo conciliatorio en materia de consumo se cumple voluntariamente en la mayoría de los casos, lo que favorece la eficacia del sistema, al no tener que acudir a la ejecución forzosa del laudo ante el incumplimiento de la parte.

12. *¿Existen en su país diferentes cauces de justicia no formal para favorecer la conciliación-mediación entre las partes (mini-trial, summary-jury, trial, moderated-settlement, etcétera)?*

Sí que existen. Algunos de ellos claramente regulados legalmente y con un ámbito extensivo de aplicación, mientras que otros se emplean sin un parámetro normativo concreto, o más bien, cuando existe algún tipo de regulación, ésta se refiere a sectores muy específicos del derecho.

No debe olvidarse que durante muchos años la cultura española ha sido la litigiosa, de modo que, a salvo de excepciones subjetivas e incluso restringidas específicamente a determinados ámbitos objetivos, los conflictos se han venido solucionando acudiendo a los órganos jurisdiccionales del Estado.

No obstante, diversas razones (aumento cualitativo y cuantitativo del tipo de conflictos, las nuevas tecnologías y desarrollo tecnológico, la desaparición de las fronteras políticas en muchos casos, el desarrollo de la cultura y de la educación, el impulso de los medios de comunicación, entre otros) han puesto de relieve de forma notable la inoperancia del Poder Judicial como realidad innegable, y quizás una década posterior a algunos países de Europa más avanzados y dos décadas a los sistemas anglosajones,

España comienza a plantearse, en algunos casos, y a replantearse, en otros, la necesidad de impulsar, desarrollar, formar y acuñar otros cauces de tutela que permiten solventar, e incluso prevenir o aminorar, los conflictos jurídicos que se plantean.

Desde ese punto de vista, existe en España, por un lado, la conciliación con raigambre histórico innegable. España ha sido un país en el que la conciliación era la fórmula exigida con carácter previo obligatorio para poder tener acceso a la vía judicial. La inoperancia de la misma tal como estaba regulada y muy probablemente no tanto por culpa de la propia institución sino más bien porque la puesta en escena de la misma no funcionaba, la dirigieron hacia su fracaso, llevando al legislador de 1984 a que en la reforma de la LEC desapareciera la obligatoriedad de la misma y la convirtiera en potestativa.

En la actualidad, la Disposición Derogatoria 1, 2a. de la LEC mantiene vigente, hasta que se dicte una ley sobre jurisdicción voluntaria, el Título I del Libro II de la LEC/1881, es decir, los artículos 460 a 480, que regulan la conciliación preventiva, en tanto en cuanto intenta evitar el proceso.

Y junto a dicha conciliación preventiva, los artículos 415 y 428.2, LEC, referidos al juicio ordinario, regulan la denominada conciliación intraprocesal, a pesar de que en el tenor literal del precepto se elude hablar de conciliación, haciendo referencia a intento de arreglo, acuerdo o transacción. El carácter de intraprocesal se deriva precisamente del momento en que la conciliación se intenta, es decir, lo que pretende es terminar el proceso que ya ha comenzado.

La mediación, sin embargo, ha sido durante décadas una institución apenas conocida en la práctica jurídica, si bien en estos últimos años se ha producido un importante avance en este sentido. Se ha convertido en una institución en alza, muy probablemente haciendo perder fuerza a la institución conciliatoria.

Los grandes inconvenientes, sin embargo, que tenemos en estos tiempos en España en relación con la mediación son: a) La falta de regulación específica de la mediación, lo que la deja demasiado desformalizada y quizás a la buena voluntad de quienes la practican, siendo en tal sentido necesaria la regulación de la institución, que la convierta en un cauce con garantías, que, además, puede incidir de manera importante en el proceso, ya evitándolo o ya incluso favoreciendo las soluciones consensuadas; b) La falta de formación de los mediadores, de manera que se les exija un título reconocido de mediador/a; c) Incluso la falta todavía de una cultura

mediadora, si bien ésta se va a alcanzando poco a poco entre los operadores jurídicos.

A pesar de esa ausencia de regulación de la mediación, ciertamente, como apuntábamos, en determinados sectores del ordenamiento jurídico se está potenciando en estos últimos tiempos de forma intensiva la mediación, de modo que se está convirtiendo no ya en una alternativa, sino en una pieza más del engranaje que es la tutela de los ciudadanos, ya por cauces jurisdiccionales o ya por cauces no jurisdiccionales. Así, a título de ejemplo, puede citarse la mediación familiar, con la aprobación de normas de las Comunidades Autónomas (algunas) sobre mediación familiar, si bien con ausencia de una norma estatal que delimita los lindes de la misma; la mediación en el arbitraje de consumo, favoreciendo la idea de ser engranaje perfecto al sistema mixto del denominado *med-arb*, y en tal sentido es especialmente ilustrativo el artículo 4 del RD 636/1993, regulador del sistema arbitral de consumo, en el que se hace referencia a la mediación en el ámbito del arbitraje de consumo; la mediación en las escuelas, en los hospitales, en los conflictos universitarios, entre otros.

Sin embargo, los cauces alternativos y/o complementarios a la justicia del Poder Judicial a los que nos referimos no cuentan con otro tipo de medios que pudieren favorecer el uso de la conciliación y de la mediación, tales como mini-trial, summary-jury, trial, moderated-settlement, etcétera. Todos ellos forman parte de un conjunto de mecanismos que integran una cultura de no necesariamente la litigiosidad, es decir, no siempre hay que acudir a los tribunales para iniciar un proceso, dado que no siempre es el mejor sistema para obtener la tutela pretendida. La tímida iniciación que está teniendo nuestro país, y quizás muy probablemente la iniciación ha venido por la ráfaga de mundialidad que nos envuelve y que no permite todavía hoy que podamos hacer referencia a los medios tan conocidos y desarrollados en los sistemas anglosajones.

Los denominados Ombudsman o Defensores bancarios, defensor del cliente, defensor del asegurado, Tribunal de Agravios universitario, etcétera, se han potenciado con carácter especial, pero asumiendo a la poste, en la mayoría de los supuestos, la función mediadora y/o conciliadora. Todos ellos son figuras que pretenden resolver los conflictos que se plantean en determinados sectores, si bien sin imponer la decisión de forma coactiva.

12.1. ¿Existen formas de justicia alternativa administradas por instituciones públicas o privadas?

Especialmente significativo es el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación que se conoce en el ámbito de los conflictos jurídico-laborales. Es obligatoria la conciliación laboral ante este Servicio, que se incardina en cada una de las Comunidades Autónomas, de ahí que supone una actividad que no desempeñan los tribunales laborales. Son órganos administrativos.

Asimismo, es posible citar la Comisión Nacional de Mediación y Arbitraje en materia de propiedad intelectual, si bien sus intervenciones numéricamente hablando han sido reamente pírricas.

Existen, además, determinados sectores del ordenamiento jurídico que en estos últimos tiempos han desarrollado mecanismos de solución de los conflictos sin salir de su entorno, prefiriendo una solución desde dentro que someterse a un órgano de fuera, por muy órgano jurisdiccional que sea. Así sucede, por ejemplo, con el Jurado de Autocontrol de la Publicidad español, que responde a las líneas modernas de actuación publicitaria, a lo que puede denominarse como autorregulación, que se creó en 1996 y al que se le atribuyó la función de resolver los conflictos planteados entre los publicistas, desempeñando funciones de carácter autocompositivo como la mediación, siendo cada vez más los asuntos resueltos por este cauce.

Destaca, por su parte, la función mediadora que se desempeña, como complemento perfecto del arbitraje, las Juntas Arbitrales de consumo, que pretenden realizar una actividad previa de mediación con el fin de evitar que el conflicto finalice en el proceso arbitral (artículo 4 RD 636/1993).

12.2. ¿Existe regulación legislativa de estas formas de justicia alternativa?

Como se ha ido exponiendo en las cuestiones anteriores, en algunos supuestos no existe regulación legislativa ninguna sobre la conformación y desarrollo de estas formas de justicia alternativa, lo que no ha impedido su utilización y eficacia. Sin embargo, poco a poco va existiendo conciencia pública de la necesidad de regular las mismas, sin caer en el lado peligroso del reglamentismo, convirtiendo de este modo en un sistema alternativo burocratizado que carece de todo el rigor formalista que existe en los tribunales del Estado y pierde la frescura de la flexibilidad que conlleva la existencia de estas formas de justicia que no son el sistema procesal judicial.

Junto a las normas sobre arbitraje —común y especiales— la conciliación ha sido desde siempre, y sobre todo la judicial, preventiva o intraprocesal, el cauce de justicia extrajurisdiccional por excelencia. Su regulación

estaba estrechamente vinculada a las normas procesales, muy probablemente por su vinculación con efectos procesales, en cuanto no existiera proceso o en cuanto se pusiera fin al proceso ya iniciado. En la actualidad su regulación, vinculada esencialmente al proceso, se encuentra en los artículos 460 a 480, LEC/1881 (vigentes hasta que se dicte la ley de la jurisdicción voluntaria), en relación con la conciliación preventiva, y en los artículos 415 y 428.2, LEC/2000, respecto de la conciliación intraprocesal.

La mediación está siendo en estos últimos años considerada como la “niña bonita”, y existen ya numerosas actuaciones en aras a su introducción en determinados sectores de nuestro ordenamiento (familia, seguros, consumo, etcétera), si bien la presencia de un desarrollo normativo de la misma sigue siendo un espejismo, buenos propósitos, sin todavía haber encontrado el cuerpo legal pretendido. Existe regulación normativa sectorial en sede de las Comunidades Autónomas, pero tan sólo referida a la mediación familiar.

12.3. ¿Cuáles son las relaciones de estas formas de justicia alternativa y la jurisdicción estatal?

Escasas, a salvo de los supuestos en que se establecen las conciliaciones con incidencia en un proceso, ya por su carácter preventivo evitando el proceso mismo o ya su carácter intraprocesal, tratando de poner fin al mismo. Pero no se ha llegado a un grado tal que permita la incardinación de un sistema de conciliación que funcione, en un servicio de conciliación que se ubique físicamente en los mismos juzgados (semejante al sistema anglosajón), sino que simplemente la relación que existe entre la conciliación y la jurisdicción estatal es la que se deriva de la aplicación de la norma.

Por su parte, la mediación legalmente carece de desarrollo en determinados sectores. Pese a todo, es especialmente significativa la potenciación que se está realizando por parte de los mismos tribunales en estos últimos años de la mediación familiar en la fase de ejecución, de manera que se eviten las situaciones derivadas de lo que se entiende por sentencias de trato sucesivo, de manera que en el ámbito de las crisis matrimoniales en muchas ocasiones las ejecuciones son sucesivas, constantes y hay que estar constantemente acudiendo a los jueces para solicitarles la ejecución forzosa. Las bondades de la mediación familiar están siendo muy reconocidas por los sectores judiciales, que favorecen y aconsejan su uso por las partes, y en tal sentido, sin que exista una regulación explícita que así lo abone, son los tribunales muy proclives a fomentar, desarrollar y formar a

mediadores, con el fin de que desempeñen una labor que es intrínsecamente complementaria para alcanzar la tutela en estos sectores.

12.4. ¿Cuáles son las relaciones de estas formas de justicia alternativa con el arbitraje?

Existe relación entre la conciliación y el arbitraje, especialmente en determinados ámbitos como en materia de consumo, empero no con carácter general.

Por otra parte, aunque la norma no se pronuncie explícitamente al respecto, sí que existe relación entre la mediación y el arbitraje. De este modo, uno de los sistemas que más interés están teniendo en España en estos momentos en la práctica, que no *de iure*, es el del *med-arb*. Sólo en el supuesto de que la mediación no fuera fructífera tiene sentido continuar con el arbitraje.

Lo que sucede, sin embargo, es que en España la Ley de Arbitraje no ampara esta fórmula mixta, aunque la realidad demuestra que se emplea en determinados sectores con efectos netamente positivos. Uno de los efectos bondadosos de esta fórmula mixta es la sucesión de posibilidades de alcanzar una solución al conflicto planteado, intentando, en primer lugar dar preponderancia al principio de la coparticipación de los sujetos en conflicto, de modo que se trata de favorecer las fórmulas autocompositivas por encima de las impositivas o heterocompositivas. No obstante, si no existiere acuerdo entre los sujetos en conflicto, se pasará al arbitraje.

13. ¿Se describe la validez del laudo arbitral a través de la utilización de expresiones tales como “decision validity”, “judgment validity” o similares?

No. No se emplean esas expresiones como mecanismo de validez del laudo arbitral.

14. En su país, ¿existen reglas que contengan expresiones tales como “decision validity”, “judgment validity” o similares usadas con vistas a describir la validez de los acuerdos contractuales (transacciones, acuerdos de conformidad)? ¿Cuáles son esas reglas?

No existen esas expresiones que pretendan describir la validez de los acuerdos contractuales, ni reglas específicas al respecto.

15. *Con independencia de las expresiones utilizadas, ¿coincide la eficacia de los laudos y de las sentencias?*

Sí. En el sistema español se entiende que el laudo arbitral y la sentencia son títulos ejecutivos.

Así, el artículo 517.2, LEC, incardina, entre los títulos ejecutivos, en su número 2o. “*los laudos o resoluciones arbitrales firmes*”. *Se comprenden en este apartado todos* los laudos, sean dictados con sujeción a derecho o a equidad, que es la forma habitual de resolver el arbitraje.

Resultan, sin embargo, significativos los términos empleados en el artículo 517.2.2, cuando se hace referencia como título ejecutivo tanto a los laudos arbitrales como a las resoluciones arbitrales. ¿A qué se refiere el legislador con estos términos?

Puede suceder que estas resoluciones arbitrales se dicten a lo largo del procedimiento arbitral y deriven de las siguientes posibles situaciones:

1. Que sean consecuencia del acuerdo al que llegan las partes a lo largo del procedimiento arbitral, acuerdo que se va a plasmar en la resolución arbitral.
2. Que se dicten resoluciones anticipadas de finalización del arbitraje anteriores al laudo y diferentes del mismo, como sucede en algunos arbitrajes especiales, como el arbitraje de consumo.
3. Que se trate de las sentencias arbitrales extranjeras reconocidas en España, que son también títulos ejecutivos.

Además de todo lo expuesto no debe olvidarse asimismo que en la LEC se puede también encontrar algún precepto en el que se ha venido equiparando sentencia y resolución arbitral, como sucede, por ejemplo, con el artículo 518, LEC (que establece la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial o resolución arbitral, si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución).

En suma, la atribución de una naturaleza asimilada entre la sentencia y las resoluciones arbitrales lleva a afirmar que efectivamente el laudo arbitral firme va a producir efectos de cosa juzgada, como la sentencia, y así lo afirma el artículo 37, LA, cuando dispone que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada.

Requisito básico para que el laudo produzca efectos de cosa juzgada será el de que el mismo haya alcanzado firmeza, que se producirá bien

cuando se haya interpuesto el recurso de anulación y éste no haya prosperado, o bien cuando el laudo haya sido consentido por las partes, ya porque las mismas hayan dejado transcurrir el plazo para preparar o interponer el recurso sin haberlo utilizado, o ya porque se haya producido el desistimiento del recurso interpuesto mediante declaración de voluntad expresa del recurrente.

15.1. ¿Cuáles son los límites objetivos y subjetivos de la validez del laudo arbitral?

Como regla general, el laudo arbitral que se dicta al finalizar el proceso arbitral es válido y produce los mismos efectos jurídicos que la sentencia judicial. No obstante, esa validez es obvio que viene condicionada al cumplimiento de sus parámetros objetivos y subjetivos a que aquí se hace mención.

Desde el punto de vista objetivo, hay una serie de límites objetivos evidentes:

- El laudo debe dictarse en plazo.
- El laudo sólo puede resolver cuestiones disponibles para las partes, que puedan ser susceptibles de arbitraje.
- La decisión arbitral contenida en el laudo debe únicamente referirse a las cuestiones que han sido objeto de arbitraje, es decir, debe predicarse la congruencia como requisito interno del laudo. Ello significa que, por un lado, existe el deber de resolver todas las peticiones de las partes y, en segundo lugar, el deber de resolver dentro de los límites fijados por las mismas. Por tanto, deben resolverse todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes a su decisión, de modo que si no se cumple con esto, se incurre en incongruencia por omisión de pronunciamientos, o incongruencia por defecto. Y, asimismo, los árbitros, al resolver en el laudo la cuestión debatida, no pueden dar más de lo que las partes hubieran planteado o pedido a lo largo del procedimiento, de tal modo que si se quiebra esta máxima, se incurre en incongruencia por exceso, al haberse pronunciado sobre cuestiones que las partes no pedían.
- El laudo no debe ser contrario al orden público.

No obstante, si bien esos límites objetivos son los que encuadran válidamente el laudo, cierto es que si no se cuestiona la validez del mismo por extralimitación de éstos, por las partes y a través del recurso de anulación, el laudo en ciertas ocasiones incluso llega a producir plenos efectos, a pesar de que incurre en defectos evidentes que le deberían privar de su validez. Es el artículo 45 Ley de Arbitraje el que permite invocar estos defectos como motivos del recurso de anulación. El artículo 45 dispone:

El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos: 3. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo. 4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a su decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal. 5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, si bien en determinados supuestos la irrecorribilidad en anulación, por la existencia de un defecto, convierte el laudo en eficaz, tal como sucede por ejemplo si no se alega en anulación el que el laudo fuere dictado fuera de plazo, cierto es que resulta mucho más complejo mantener que el laudo es válido cuando, por ejemplo, el laudo se dicte resolviendo materias que no pueden ser objeto de arbitraje. Sobre este punto, véase cuestión 15.3.

Desde el punto de vista subjetivo, los límites de la validez del laudo son evidentes: *inter partes*. Esto es obvio si se parte del principio general de que la eficacia del convenio arbitral en virtud de lo cual las partes deciden someter su conflicto jurídico a los árbitros, sólo afecta a las partes y a sus sucesores por asumir la personalidad de aquéllas, pero no a los terceros, frente a los cuales el contrato es res *inter alios acta* (artículo 1257, CC). Y en este sentido, especialmente significativa es la posición mantenida por la jurisprudencia del TS, que, en STS de 28 de mayo de 1990 ha mantenido: “El arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron. Sólo puede versar sobre conflictos planteados por personas que se comprometieron a aceptar la decisión y no puede extenderse a personas ajenas al pacto”.

No puede extenderse, por ello, la eficacia de los laudos arbitrales más allá de las partes interviniéntes en el proceso arbitral. Son válidas las soluciones arbitrales *inter partes*.

15.2. ¿Los efectos subsiguientes del laudo tanto sobre las partes como sobre terceras partes, coinciden con los de las sentencias?

Sí. Tanto la sentencia como el laudo arbitral no pueden contener pronunciamiento alguno respecto de quien no ha sido parte en el proceso, ya sea proceso judicial o ya sea un proceso arbitral, ni para condenarlo ni para absolverlo.

Naturalmente, hay que entender que en ciertos supuestos podría producirse la extensión a terceros en los supuestos de sucesión a título universal o singular de una de las partes, en cuyo caso el heredero y los causahabientes de las partes van a quedar afectados por la cosa juzgada formada respecto de su causante, siempre que el título de adquisición sea posterior a la constitución de litispendencia. Así, si la transmisión se ha producido antes de la litispendencia y el causante litigó sobre el derecho transmitido, por carecer de legitimación, la resolución será ineficaz para el causahabiente.

No obstante, los supuestos en los que se permite por el legislador la extensión *erga omnes* de las sentencias judiciales (artículo 222.3, II) no son aplicables al laudo arbitral. La razón es obvia: se trata de aquellos supuestos en que existen pronunciamientos en las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad, supuestos todos ellos que no pueden ser susceptibles de arbitraje.

15.3. ¿Tiene el laudo no recurrido en tiempo la misma fuerza que una sentencia firme? En caso afirmativo, ¿es esto incluso cuando se dicta sin un acuerdo arbitral o respecto de una controversia que no puede someterse a arbitraje? ¿Incluso si las medidas son contrarias al orden público?

Sí, el laudo no recurrido en tiempo tiene la misma fuerza que una sentencia firme. No obstante, cierto es que no se pronuncia así expresamente el legislador, pero vamos a tratar de fundamentar nuestra respuesta.

La Ley de 1988 no contiene un precepto semejante al antiguo artículo 1730, LEC (hoy derogado), en el sentido de establecer imperativamente que “transcurrido este plazo sin haberse interpuesto el recurso, quedará firme el laudo y no se admitirá ningún otro recurso”. De ahí que surja el problema de determinar si el laudo arbitral será válido y surtirá plenos efectos en el caso de que no planteasen las partes el recurso de anulación; es decir, si transcurrido el plazo de diez días siguientes a la notificación del laudo o de la aclaración del mismo (artículo 46.2, LA), no se interpone

anulación alguna y, por tanto, el posible motivo que podía dar lugar a la anulación queda subsanado por la no interposición.

En algunos supuestos, como en el caso de que el laudo hubiere sido dictado fuera de plazo, podría llegar a pensarse en una subsanación por la no impugnación. Sin embargo, esta situación no parece tan clara cuando se trata de un laudo dictado sobre materias que no pueden plantearse por vía de arbitraje, o cuando se atentare al orden público o cuando nos hallemos ante algunos de los supuestos del artículo 45.1, LA (convenio arbitral nulo), o incluso cuando la cuestión no es susceptible de someterse a arbitraje. En estos casos es más difícil aceptar la subsanación por la no impugnación. El problema se plantea cuando, instada la ejecución por la parte, el órgano jurisdiccional ha de ejecutar (artículos 52 y siguientes). La regla general es la que parte de la base de que, instada la ejecución por la o las partes el juez debe ejecutar. Pero esta obligatoriedad podría venir matizada por algunos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como el artículo 6.3, CC, o el artículo 11.2, LOPJ.

Así, en relación con el artículo 6.3 CC es necesario hacer la distinción entre normas permisivas o dispositivas y normas de *ius cogens*. Si un laudo fuere contrario a una norma dispositiva, podría llegar a convalidarse por el transcurso del tiempo sin impugnarlo; pero si fuere contrario a una norma de *ius cogens*, no es posible su convalidación porque ello iría contra los más elementales principios de nuestro derecho positivo. En cualquier momento se podría acudir a la vía ordinaria para impugnar el laudo que viole las normas consideradas de *ius cogens*.

Además, el artículo 11.2, LOPJ, podría dar cabida a la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional deje de ejecutar una petición de ejecución de un laudo arbitral, instada por cualquiera de las partes intervenientes en el procedimiento arbitral, si considera que a través del laudo se ejerce manifiesto abuso de derecho o entraña fraude de ley o procesal. Así, por ejemplo, habiéndose dictado un laudo que fuese contrario al orden público, si ninguna de las partes lo pone de manifiesto a través de la posible impugnación del mismo por la vía del artículo 45.5, LA, instada la ejecución por las partes, el juez de primera instancia del lugar donde se haya dictado, puede negarse a la ejecución.

Sin embargo, esta posibilidad de control de oficio por el órgano jurisdiccional encargado de ejecutar un laudo sólo será posible si no se interpuso el recurso de anulación en tiempo y forma, dado que, de lo contrario, el control jurisdiccional ya se habría llevado a cabo por la Audiencia Provin-

cial. Y, en cualquier caso, no se trata de un control judicial general en la ejecución forzosa, sino una situación excepcional, que llevaría a que, sólo en aquellos supuestos extremos expuestos, pudiera denegarse el despacho de la ejecución por el juez.

16. ¿Cuál es la influencia en el procedimiento arbitral de la cuestión de la aparente inconstitucionalidad de la normativa a aplicar por los árbitros?

No es posible que, ante una duda de inconstitucionalidad de una norma a aplicar por los árbitros en el proceso arbitral, aquéllos llegaran a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En tal sentido, el Auto 259/93, de 20 de julio ya señalaba la imposibilidad de que el árbitro pudiera plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al ser reservada ésta exclusivamente a los órganos judiciales.

Sin perjuicio de que ésta sea la legalidad vigente, lo cierto es que no encontramos razones jurídicas que amparen esta situación, máxime cuando se le está atribuyendo a la decisión arbitral el mismo efecto de cosa juzgada que el que poseen las resoluciones judiciales. Ello significa que en caso de un arbitraje de derecho, fundado y motivado jurídicamente, no tiene demasiado sentido que no pueda plantear el árbitro o los árbitros las posibles dudas de constitucionalidad. Debería ser reconsiderada esta postura y con ello interpretar con el sistema arbitral y el judicial el artículo 163 de la Constitución, haciéndose extensiva esta posibilidad de solicitud de interpretación de las normas constitucionales también a los árbitros. Así, si los árbitros aplican el derecho y tienen dudas de constitucionalidad, debería permitírsele plantear la correspondiente cuestión al respecto.

En consecuencia, pueden con carácter preventivo dejar de aplicar una norma que pudiera incurrir en vicios de inconstitucionalidad, si bien ello podría provocar un incumplimiento de su función y derivar en la posible demanda de responsabilidad por la actuación arbitral. Carecen de la facultad de cuestionar la constitucionalidad de una norma en el momento de su aplicación en el proceso, porque no existe fundamento legal que sustente esta posibilidad.

17. ¿Existe una segunda instancia admitida en el arbitraje?

No. La legislación española no reconoce la segunda instancia en el arbitraje; no cabe el control del laudo arbitral ni por instancia judicial ni por instancia arbitral superior.

Es cierto que es posible controlar el desarrollo de la actividad arbitral desde su nacimiento, a través del sometimiento que se produce a través del convenio arbitral, hasta el momento de finalización del proceso arbitral, que se produce cuando se dicta el laudo arbitral, convirtiéndose en el espejo que instrumentaliza un control de legalidad y de regularidad de la institución. Esa actividad de control se despliega cuando se interpone el mal llamado “recurso” de anulación, que no es un verdadero recurso, ni, por supuesto, comporta una revisión del fondo del laudo arbitral.

Especialmente significativa ha sido en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 4 de febrero de 2002, que ha mantenido al respecto que el recurso de anulación no es una segunda instancia que transfiera al tribunal revisor la jurisdicción sobre el tema resuelto por el laudo sino el examen de las formas y de las mínimas garantías formales que la ley exige, rechazando la citada Audiencia una valoración diferente por la misma de la decisión arbitral, al estarle vedado al ámbito jurisdiccional. Esta posición jurisprudencial ha venido siendo una constante en los últimos años.

18. ¿Cómo puede ser recurrido el laudo arbitral?

La legislación arbitral española regula en su artículo 45 los motivos que permiten el acceso al llamado “recurso” de anulación; no es un verdadero recurso, sino que se trata de un control de legalidad.

El artículo 45 dispone expresamente:

El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos:

1. Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
2. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley.
3. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.
4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a su decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público.

¿Es actividad jurisdiccional? Naturalmente lo es. Lo que sucede es que no es una fase de impugnación contra el laudo, dado que si así fuera, esta-

riamos ante un verdadero recurso. Es obvio que, pese a la denominación, no se trata de un recurso, sino de una acción de anulación, cuya finalidad es la de pretender el control, y en su caso el establecimiento, de la regularidad formal del arbitraje.

Ciertamente es el laudo arbitral el que aparentemente es objeto de control, pero es puro instrumento, dado que es el espejo a través del cual la Audiencia Provincial va a controlar el cumplimiento efectivo de los elementos que configuran el arbitraje, y que van desde la plasmación real y efectiva de la autonomía de la voluntad, pasando por el nombramiento de los árbitros, el debido cumplimiento de los principios del proceso y del procedimiento así como la extralimitación de los árbitros en el desempeño de su función, el control de las materias sometibles a arbitraje, quedando como elemento discordante el referido a que el laudo no fuera contrario al orden público, motivo que ha dado lugar a una importante jurisprudencia que, claramente, ha puesto de relieve la naturaleza y función de la anulación.

Asumido por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que el recurso de anulación no es una segunda instancia que transfiera al tribunal revisor la jurisdicción sobre el tema resuelto por el laudo sino el examen de las formas y de las mínimas garantías formales que la ley exige, es obvio que sistemáticamente se ha venido rechazando por estos órganos jurisdiccionales una valoración diferente por la misma de la decisión arbitral, al estarle vedado al ámbito jurisdiccional.

En consecuencia, atendiendo a la naturaleza jurídica de la anulación, debemos tener en cuenta las siguientes conclusiones:

- a) No es un medio de impugnación, es decir, un instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar un laudo arbitral para provocar su anulación, y ello por cuanto no es el laudo lo que se ataca sino que se controla la regularidad formal del arbitraje. En absoluto supone, por ello, la continuación de la primera actividad jurisdiccional a la que nos hemos referido, no es una segunda instancia procesal.
- b) Es una acción nueva, que da lugar al inicio de una actividad jurisdiccional distinta de la primera que finalizó mediante la notificación del laudo. Aparece, en consecuencia, como un algo independiente, distinto de la primera de las actividades jurisdiccionales.
- c) El objeto de esta acción es la pretensión anulatoria de aquello que suponga el incumplimiento de la esencialidad formal del arbitraje.

La consideración de lo que el legislador ha entendido por esencialidad formal del arbitraje ha venido a desarrollarse a través de los motivos taxativos enumerados en el artículo 45, LA.

En tal sentido, se ha venido manteniendo en constante doctrina jurisprudencial que la anulación del laudo prevista en el artículo 45 de la Ley de 1988 coincide esencialmente con el anterior recurso de nulidad que preveía el artículo 30 de la Ley de Arbitraje privado de 1953 para los arbitrajes de equidad, que procedía interponer por los motivos que taxativamente se establecían en el artículo 1691.3 de la LEC/1881, y que se tramitaba, a este respecto, a través del procedimiento que desarrollaban los artículos 1774 a 1789 de la misma norma procesal, ya derogada.

19. ¿Están las anteriores vías de recurso sujetas a la previa concesión de la validez ejecutiva del laudo o a la aprobación del laudo por parte del juez?

No se establece concesión previa a la validez ejecutiva del laudo, ni tampoco se condiciona la misma a la posible aprobación judicial del mismo.

La razón no es otra que la derivada de la naturaleza jurídica que se ha otorgado en la LA al arbitraje, o mejor al proceso arbitral, en cuanto su desarrollo, garantías y efectos son los mismos que los que condicionan el proceso judicial, siendo que en este último no se exige condición ni aprobación (que a la postre sería homologación) para que la sentencia judicial sea ejecutiva.

20. ¿Existe una regulación específica para el arbitraje cuyo objeto sea las controversias privadas transnacionales?

Sí. El Título X de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 se intitula “De las normas de derecho internacional privado”. En el mismo se abordan esencialmente tres cuestiones:

1. La capacidad para otorgar un convenio arbitral (artículo 60).
2. La validez del convenio arbitral (artículo 61).
3. La ley aplicable por los árbitros al fondo del litigio (artículo 62).

Para el resto de cuestiones, el artículo 63 se remite a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil respecto del convenio, procedimiento y laudo.

La filosofía que subyace en estas normas, sin embargo, es doblemente restrictiva:

1. Por un lado, en cuanto a su estructura, el legislador no toma en consideración el fenómeno del arbitraje comercial internacional, sino que distingue entre el arbitraje español, aquel que se celebra en España, con independencia de cuál sea la naturaleza de su objeto, y el arbitraje extranjero, entendiendo por tal al arbitraje realizado fuera de las fronteras de España.

Dentro del arbitraje “español” se diferencia, a su vez, entre el que tiene lugar en relación con un litigio estrictamente nacional y, aquel otro en el que el litigio presenta elementos de extranjería. El Título X de la Ley Arbitraje está específicamente diseñado para esta última situación.

2. En segundo lugar, las concretas soluciones incluidas son extraordinariamente rígidas, amén de poco sofisticadas. Llama la atención, en este sentido, que los artículos 61 y 62 admitan la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión con vistas a determinar la ley que regulará el convenio arbitral y el fondo del litigio, respectivamente. Sin embargo, no se trata de una aceptación plena —en línea con la solución recogida en el artículo 3 del Convenio de Roma de 1980— sino que viene doblemente condicionada por el hecho de tener que tratarse de una elección expresa y de exigirse, además, que la ley seleccionada por las partes tenga conexión con el negocio jurídico de que se trate.

21. ¿Cómo se regula la concesión de eficacia ejecutiva al laudo arbitral?

Como señaláramos anteriormente, la concesión de eficacia ejecutiva del laudo arbitral viene en cuanto es la misma LEC/2000 la que incardina en su artículo 517 al laudo arbitral en el listado de los títulos ejecutivos que llevan aparejada ejecución.

Esa concesión de eficacia ejecutiva del laudo arbitral es directa y, en consecuencia, no se requiere de actividad alguna que otorgue la misma. El laudo arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial.

22. ¿Existe una regulación específica destinada a otorgar fuerza ejecutiva a los laudos arbitrales extranjeros?

Como veremos en la respuesta a la pregunta núm. 23, la Ley de Arbitraje incorpora un Título IX referido a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Existe, pues, una regulación específica destinada a otorgar fuer-

za ejecutiva a los laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, se trata de una normativa carente de cualquier eficacia.

23. ¿Cuál es la normativa tomada en consideración con vistas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros?

La Ley de Arbitraje de 1988 incluye un Título IX dedicado a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Este Título, sin embargo, carece de virtualidad práctica dado que cuando España se vinculó al Convenio de Nueva York de 1958, en 1977, no realizó manifestación alguna referente al artículo I.3 del mismo. Ello supone que el Convenio posee en nuestro país carácter universal, aplicándose como mecanismo para el reconocimiento de todos los laudos extranjeros, provengan de donde provengan.

Esta regla general, que acabamos de enunciar, se ve complementada por la existencia de distintos convenios bilaterales concluidos por España en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, que incorporan en su ámbito de aplicación al arbitraje. Se trata, en concreto de los Convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras concluidos con Suiza, de 1896, con Francia, de 1969, con Italia, de 1973, con la actual República Checa, de 1987, con México, de 1989, con Brasil, de 1989, con China, de 1992, con Bulgaria, de 1993 y con Marruecos, de 1997. La doctrina en esos casos se plantea la posible primacía de los instrumentos bilaterales en aquellos supuestos en que los mismos incorporen un régimen de reconocimiento más flexible que el del texto de Nueva York.

El reconocimiento es otorgado por el Tribunal Supremo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 955 LEC/1881 y en el artículo 57 LA. La ejecución se desarrollará siguiendo las pautas concretadas en los artículos 956 a 958 de ese mismo cuerpo legal, a los que se remite indirectamente el artículo 58 LA.

24. ¿Cuál es el principio aplicado con vistas a distinguir entre los laudos nacionales y los extranjeros?

Como hemos señalado anteriormente, frente a aquellas posiciones que diferencian entre arbitraje interno y arbitraje internacional, atendiendo, por ejemplo, a la naturaleza del litigio. La Ley española de arbitraje adopta un criterio claramente territorial.

Así, en su artículo 56.2, señala que “se entiende por laudo arbitral extranjero el que no haya sido pronunciado en España”. Esta solución radi-

calmente territorialista contrasta con la mantenida en el artículo I.1 del Convenio de Nueva York de 1958.

25. ¿Cómo puede el mismo litigio entre las mismas partes pendiente ante un juez estatal extranjero afectar a un procedimiento arbitral interno?

La normativa procesal española no recoge norma alguna en materia de litispendencia internacional. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000 nada dice al respecto. También la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 mantiene silencio en relación con esta cuestión.

Fuera de lo que puedan disponer los textos de origen comunitario en relación con la litispendencia internacional, no existe ninguna solución legislativa al problema de la litispendencia internacional.

Sí existe, sin embargo, una cierta tendencia doctrinal favorable a su aceptación y, también, alguna sentencia de instancia —pocas— en la que se considera como posible.

Sin embargo, en la práctica, en la mayoría de las ocasiones, no se estima la existencia de un proceso judicial o arbitral pendiente fuera de las fronteras españolas como factor con incidencia en la jurisdicción de los tribunales españoles.

26. ¿Cómo puede un procedimiento arbitral extranjero entre las mismas partes cuyo objeto es la misma cuestión afectar a un procedimiento arbitral interno?

Ver la respuesta a la pregunta núm. 25, dado que la solución allí expuesta es trasladable a la pregunta núm. 26.