

EL NUEVO RÉGIMEN ESPAÑOL DE ARBITRAJE: ORÍGENES Y PERSPECTIVAS*

NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR¹

* Este artículo tiene como finalidad estudiar en profundidad las novedades del nuevo régimen español del arbitraje, poniéndolo en relación con la regulación sobre arbitraje anteriormente en vigor en España y haciendo referencia, donde se estime necesario, a la regulación prevista en otros países y en los reglamentos arbitrales más utilizados. También se hace mención a algunos aspectos de derecho internacional público como la inmunidad de ejecución.

1 NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR es abogado en ejercicio especialista en arbitraje y ha impartido cursos sobre la nueva ley española de arbitraje. Con anterioridad trabajó en el despacho Freshfields Bruckhaus Deringer.

Es titulado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid y diplomado en ciencias políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, titulado en dirección y gestión de pequeñas y medianas empresas por el Ministerio Español de Trabajo, diplomado en comercio exterior por la Universidad de Alcalá de Henares y *Master of Laws* por la London School of Economics and Political Science.

Otras publicaciones del autor: “La crisis del Estado del bienestar” (dentro del libro: *Trabajo, inventar el futuro*, Congreso Univ., 1994), “*ADR in Spagna*” (dentro del libro: *Composizione delle Controversie Commerciali con le procedure ADR*, Giuffrè Editore, 2004), “*Das neue spanische Schlichtungsgesetz*” (artículo publicado en la revista: *Zeitschrift für Rechtsvergleich*, 2004), “*The New Spanish Arbitration Rules*” (artículo publicado en la revista *Latin Counsel*, febrero, 2005).

NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR LLM (LSE) C/ José Abascal 45 28003 Madrid. España.
Teléfonos: 91 447 32 45 / 91 739 27 52.

RESUMEN

La *nueva ley* Española de Arbitraje 60/2003 está inspirada en la *ley modelo* de la UNCITRAL de 1985 y recoge además diversos avances que se han producido en materia de arbitraje desde 1985, tanto en la UNCITRAL como en los países de nuestro entorno. Los dos objetivos de la nueva ley son, por un lado, proporcionar un método eficaz de resolución de disputas que pueda ser utilizado tanto por empresas como por particulares y que pueda descargar de trabajo a los tribunales ordinarios y por otro, que España se convierta en una atractiva sede de arbitrajes, sobre todo en el ámbito latinoamericano. En la ley se prevé un sistema monista, aplicando el mismo régimen tanto al arbitraje doméstico como al internacional, que es definido por primera vez. Las principales ventajas de la nueva ley residen en que se favorece el arbitraje internacional, con algunos preceptos que lo hacen más flexible. Se exigen menos requisitos para ser árbitro y para la validez del convenio arbitral y del laudo que se dicte. Se dan más poderes a los árbitros y sólo se permite la intervención de los órganos judiciales ordinarios en casos muy específicos, donde sea necesaria la *potestas* del Estado. Asimismo, en relación con los poderes del árbitro, la nueva ley positiviza el principio *kompetenz-kompetenz*, que da al árbitro competencia para decidir sobre su propia competencia. Por otro lado, se da una completa libertad a las partes para elegir las normas jurídicas aplicables al fondo del asunto, en los arbitrajes internacionales y para decidir las normas de procedimiento, con el único límite de las normas imperativas de la ley. Otra ventaja sustancial es que se permite la ejecución provisional de los laudos, estando pendiente la decisión sobre una acción de nulidad.

Palabras clave: arbitraje, arbitraje internacional, corte arbitral, ley modelo, UNCITRAL, laudo arbitral, reconocimiento de laudos, convenio de Nueva York.

ABSTRACT

The New Spanish Arbitration Act is inspired upon the UNCITRAL Model Law of 1985 and it also takes into account several breakthroughs, which have taken place concerning arbitration since 1985 in the UNCITRAL, as well as in the countries surrounding Spain. The two objectives of the New Act are: on the one hand, to provide an efficient dispute resolution method which can be used by corporations as well as by citizens and which can relieve ordinary courts of their workload; on the other hand its objective is also to transform Spain into an attractive seat for arbitration, above all concerning Latin America. A monist system is put in place, applying the same legal regime to both domestic arbitration and to international arbitration, which is defined for the first time. The main advantages of the New Act lie in the fact that international arbitration is favored by way of some provisions, which make it more flexible. Less requisites are demanded for the capacity to be arbitrator and ordinary courts are allowed to intervene only in very specific cases, where the power (potestas) of the State is needed. Furthermore, concerning the powers of the arbitrator, the New Act enacts the kompetenz-kompetenz principle, which empowers the arbitrator to decide upon its own competence, is now made law. On the other hand, complete freedom is given to parties to choose the law applicable to the merits of the case, in international arbitration, and to choose the procedural norms, with the only limit of imperative norms of the Act. Another substantial advantage lies in the fact that the provisional enforcement of awards is now allowed, when a decision about the challenge of the award is still pending.

Key words: Arbitration, International Arbitration, Arbitral Centre, UNCITRAL, Model Law, Arbitral Awards, Recognition of Awards, New York Convention.

SUMARIO

- I. Introducción y ámbito de aplicación
- II. Diferencias entre el arbitraje doméstico y el internacional y particularidades de éste. Especial referencia a la inmunidad de ejecución de bienes de estados extranjeros
- III. El convenio arbitral y sus efectos
- IV. Nombramiento y recusación de los árbitros
- V. El procedimiento arbitral
- VI. El laudo arbitral
- VII. Ejecución del laudo y recursos frente al mismo
- VIII. Régimen transitorio
- IX. Conclusiones

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El arbitraje en España se ha convertido en un método popular de resolución de disputas a nivel internacional y entre grandes empresas, aunque no se puede decir lo mismo del arbitraje interno o doméstico, que sigue siendo poco utilizado, relativamente². Con vistas a mejorar el sistema español de arbitraje privado y de hacerlo más accesible al

2 DATOS DE ARBITRAJES DE LAS 53 CORTES DE ARBITRAJE COMERCIAL (CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO DE ESPAÑA) (véase cuadro página siguiente).

gran público, pero también para potenciar su atractivo para las empresas extranjeras, el Parlamento español aprobó una nueva Ley de Arbitraje el pasado día 23 de diciembre de 2003 (en adelante, la “nueva ley”)³. La nueva ley entró en vigor el día 26 de marzo de 2004.

	Año 2002	Año 2003
Número de laudos dictados	475 (aumento del 3% 447 respecto 2001).	(descenso del 2% respecto 2002).
Número de conflictos resueltos por acuerdo antes de dictar el laudo	237	477
Arbitrajes por Comunidades Autónomas	Madrid (153); Cataluña (124)	Madrid (151); Cataluña (132)
Cuantía media de los arbitrajes	Superior a 30.000€ : 40% De 6.000 € a 30.000€ : 48%	40.000 €
Duración media del procedimiento arbitral	4 meses	4 meses
Porcentaje de arbitrajes en derecho / equidad	40% / 60%	40% / 60%
Sectores industriales más frecuentes en los que se producen disputas sometidas a arbitraje	Construcción, inmobiliario, telefonía, nuevas tecnologías, distribución.	Construcción, inmobiliario, telefonía, nuevas tecnologías, distribución.
Utilización del arbitraje societario (impugnaciones de acuerdos y compraventas de sociedades)		<ul style="list-style-type: none"> • aumento del 2%; • 10% de empresas españolas lo utilizan.
Relación arbitraje comercial / civil	80% / 20%	80% / 20%

3 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (*Boletín Oficial del Estado* (en adelante, *BOE*) de 26 de diciembre de 2003, número 309, pág. 46097 y sigs.).

La comunidad jurídica española y en especial los despachos de abogados internacionales tienen grandes esperanzas de que la *nueva ley* llevará a España a ser una sede ideal para procedimientos de arbitraje internacional, en particular en aquellos casos en que las partes intervinientes procedan de países hispanoamericanos o haya algún punto de conexión con dichos países.

La *nueva ley* española de Arbitraje refleja fundamentalmente el régimen de arbitraje plasmado en la *ley modelo* de la UNCITRAL⁴, que fue aprobada por este organismo el 21 de junio de 1985 (en adelante, la “*ley modelo*”) y que ha sido adoptado también por otra serie de países⁵. Por esta razón, resulta particularmente interesante para el derecho comparado realizar un estudio paralelo de esta nueva norma con la ahora derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre (en adelante, la “*antigua ley*”⁶), que no se inspiraba en dicha *ley modelo*.

La *nueva ley* también tiene en cuenta los sucesivos trabajos y estudios realizados por la UNCITRAL en materia de arbitraje, en particular en lo que concierne a los requisitos de validez del convenio arbitral y a la adopción de medidas cautelares por los árbitros⁷. Otros

4 United Nations Commission for International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI–, más conocida por su acrónimo inglés UNCITRAL).

5 Se han promulgado leyes basadas en la *ley modelo* de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Egipto, España, la Federación de Rusia, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, el Perú, la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe (<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>).

Para un estudio de la abundante jurisprudencia relativa a la aplicación de las leyes que adoptan la *ley modelo* de UNCITRAL, véanse ÁLVAREZ, HENRI, NEIL KAPLAN y DAVID W. RIVKIN, *Model Law Decisions*, Kluwer Law Internacional, 2003.

6 BOE de 7 de diciembre de 1988, número 293.

7 Para un estudio pormenorizado de las diferencias entre la *nueva ley* española de Arbitraje y la *ley modelo* de la UNCITRAL, véanse CAIRNS, DAVID J. y ALEJANDRO

avances de la *nueva ley* sobre el texto de la *ley modelo* son, por ejemplo, la autorización expresa del arbitraje institucional⁸, la abolición de la necesidad de que en arbitrajes internacionales los árbitros también deban ser abogados en ejercicio⁹, la confidencialidad del arbitraje a no ser que las partes decidan lo contrario¹⁰, la mención explícita a los arbitrajes multiparte¹¹, la definición de las materias susceptibles de someterse a arbitraje¹², la posibilidad del uso de mecanismos electrónicos¹³ y la extensión de la responsabilidad de los árbitros¹⁴. También existe algunas modificaciones respecto al texto de la *ley modelo*, que pueden no resultar consistentes con el espíritu de esa norma, como por ejemplo, el plazo para dictar el laudo¹⁵ y la distinción entre laudos nacionales y extranjeros a efectos de reconocimiento y ejecución¹⁶.

La *nueva ley*, aplicable a todos los procedimientos arbitrales con sede en España, moderniza indudablemente el régimen legal del arbitraje de este país. Con anterioridad a 1988, en España estaba vigente la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953¹⁷, que supuso un innegable avance en el régimen del arbitraje español, regulado hasta esos momentos por los artículos 1820 y 1821 del Código Civil español y por los artículos 487 y 790 al 839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁸. Sin embargo, la

LÓPEZ ORTIZ, "Spain passes new arbitration act", *IBA Arbitration and ADR Newsletter*, October, 2004.

8 Artículo 14 de la *nueva ley*.

9 Artículos 13 y 15.1 de la *nueva ley*.

10 Artículo 24.2 de la *nueva ley*.

11 Artículo 15.2 de la *nueva ley*.

12 Artículo 2.1 de la *nueva ley*.

13 Artículo 21 de la *nueva ley*.

14 Artículos 9.3, 5ª y 37.3 de la *nueva ley*.

15 Artículo 37 de la *nueva ley*.

16 Artículos 44, 45 y 46 de la *nueva ley*.

17 *BOE* de 24 diciembre de 1953, núm. 358, pág. 7587.

18 Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.

ley de 1953 suscitó muchas críticas por la desconfianza manifiesta hacia la institución del arbitraje, presente en muchos de sus preceptos.

Para ilustrar las dificultades que dicha ley de 1953 suponía para poder recurrir fácilmente al arbitraje, se puede citar que en la misma se distinguía entre la llamada “cláusula compromisoria” —por la que las partes se comprometían a acudir al arbitraje en caso de conflicto— y el “contrato de compromiso”, por el que las partes se obligaban a estar y pasar por la decisión tomada por el árbitro y que debía firmarse cuando las partes vieran la necesidad de acudir al arbitraje. En caso de incumplimiento de la “cláusula compromisoria”, es decir, si una de las partes se negaba a someter sus diferencias al arbitraje, la otra parte podía instar la formalización judicial del arbitraje, para obligar a la parte rebelde a firmar el compromiso arbitral¹⁹. Antes de que estuviera en vigor la ley de 1953, las normas sobre arbitraje preveían que del incumplimiento de un convenio arbitral podían derivarse daños y perjuicios, pero no había forma de obligar a la parte contraria a someterse al procedimiento arbitral²⁰.

La *nueva ley* nace asimismo con una vocación de ser ley general

“aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta Ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad”²¹.

Algunos tipos de arbitrajes a los que la *nueva ley* es de aplicación supletoria son los arbitrajes entre comerciantes y consumidores²² y los arbitrajes sobre contratos de transporte²³. En el ámbito de los

19 Artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953.

20 GUASP, JAIME, *El arbitraje en derecho español*, Editorial Bosch, 1956, pág. 98.

21 Exposición de motivos de la *nueva ley* (apartado II).

22 Artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

23 Artículo 38 de la Ley 16/1987, de 30 de junio, de ordenación de los transportes terrestres y Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que desarrolla la ley.

contratos de seguro, la propia normativa de ese sector permite el sometimiento a arbitraje de las cuestiones litigiosas de libre disposición²⁴. También está previsto que las partes puedan someter a arbitraje las cuestiones que surjan de contratos de arrendamiento²⁵.

Una excepción a la aplicabilidad general de la *nueva ley* son los arbitrajes laborales²⁶ —regidos por su propia normativa—, a los que tampoco se aplicaba la *antigua ley*²⁷. Sin embargo, el arbitraje de derecho laboral tiene buena acogida en España y la jurisprudencia arbitral es abundante. Existe el llamado Acuerdo sobre la solución extrajudicial de los conflictos laborales (ASEC II), firmado el 25 de enero de 1996 entre la patronal y los sindicatos españoles más importantes, para la resolución de los conflictos sobre la interpretación de los convenios colectivos, cuando el conflicto afecta a más de una comunidad autónoma. El ASEC II ha desembocado en la creación del Sistema Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA).

II. DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE DOMÉSTICO Y EL INTERNACIONAL Y PARTICULARIDADES DE ÉSTE. ESPECIAL REFERENCIA A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE BIENES DE ESTADOS EXTRANJEROS

La *nueva ley* opta por un sistema monista, aplicando la misma normativa tanto al arbitraje doméstico como al internacional. Sólo algunos artículos de la *nueva ley* son aplicables al arbitraje internacional

24 Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (con anterioridad y en el mismo sentido, artículo 61 la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

25 Punto 5 de la exposición de motivos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE, núm. 282, de 25-11-1994).

26 Artículo 1.4 de la *nueva ley*.

27 Artículo 2.2 de la *antigua ley*.

en cuanto tal, sin que se puedan aplicar al doméstico. De modo significativo, la *nueva ley* ofrece una definición de “arbitraje internacional” por primera vez en España.

En este sentido, el artículo 3 de la *nueva ley* prevé que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando:

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

La caracterización de un arbitraje como “internacional”, conforme a la *nueva ley*, es substancialmente la misma que conforme a la *ley modelo*. En este sentido, la *nueva ley* difiere ligeramente del artículo 1.3(a) de la *ley modelo*, que usa el término “establecimientos” o *places of business*, mientras que la *nueva ley* usa el término “domicilio”. Sin embargo, la *nueva ley* no ha adoptado el criterio del artículo 1.3(c) de la *ley modelo*, que establece que el arbitraje será considerado internacional cuando

“las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”

lo que, en cierta medida, resta libertad a las partes para definir la normativa aplicable al arbitraje.

La *nueva ley* también ha añadido un criterio adicional de definición del arbitraje como internacional, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones. Dicho criterio

(“que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”),

también aparece, por ejemplo, en el artículo 1492 del Nouveau Code de Procedure Civile de Francia²⁸.

Los preceptos de la *nueva ley* que son sólo aplicables al arbitraje internacional son los siguientes:

- Conforme a la *nueva ley*, los estados extranjeros o las entidades públicas extranjeras que sean parte de un arbitraje con sede en España no podrán invocar las prerrogativas de su derecho interno para sustraerse de las obligaciones dimanantes del convenio arbitral, en particular, naturalmente, la obligación de someter la cuestión litigiosa a arbitraje y la obligación de cumplir el laudo²⁹.

Resulta conveniente mencionar que, a la hora de ejecutar en España un laudo arbitral, pueden existir dificultades para embargar los bienes de un estado extranjero que estén situados en España, particularmente cuando dichos bienes se utilicen para una finalidad estatal u oficial³⁰. El derecho español no regula específicamente la inmunidad de ejecución de los bienes de estados extranjeros, salvo en lo referente a los bienes del personal diplomático y de las representaciones diplomáticas³¹, sino que se remite en este aspecto a las normas de derecho internacional público³². Para resolver los casos concretos se deberá atender a la jurisprudencia y leyes

28 Artículo 1492 del Nouveau Code de Procedure Civile: “*Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”.

29 Artículo 2.2 de la *nueva ley*.

30 Sentencias del Tribunal Constitucional español 107/1992 y 292/1994.

31 España es parte del Convenio sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 y Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963.

32 Artículo 21.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del poder judicial (*Boletín Oficial del Estado* núm. 157, de 2 de julio) (en adelante, la LOPJ) y 36.2.1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (*Boletín Oficial del Estado* núm. 7 de 8 de enero) (en adelante, la LEC).

internas de otros países, y a tratados o proyectos de tratados, aunque de los mismos no sea parte España, pero que revelen cuál es la práctica internacional, base de las normas consuetudinarias internacionales³³.

- En arbitrajes internacionales, el convenio arbitral será válido y la materia podrá ser objeto de arbitraje con tal de que se cumplan los requisitos establecidos por (i) la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, (ii) la ley aplicable al fondo del litigio o (iii) la propia *nueva ley*. El objetivo de este precepto, tal como lo declara la exposición de motivos, y que permite en la práctica el recurso a las normas de tres legislaciones diferentes, es preservar o favorecer el convenio arbitral en la medida de lo posible³⁴.
- En los casos en que se solicite de un tribunal español la formalización judicial del arbitraje —cuando una de las partes se niegue a participar en el procedimiento de nombramiento del árbitro o árbitros— el tribunal español deberá tener en cuenta la oportunidad de nombrar a un árbitro que no tenga la misma nacionalidad de ninguna de las partes en litigio, ni la nacionalidad de ninguno de los otros árbitros, a fin de preservar la independencia del colegio arbitral³⁵.
- La ley aplicable al fondo del litigio será la elegida por las partes. En ausencia de dicha elección, los árbitros aplicarán la que estimen más apropiada. Las partes también podrán nombrar árbitros que decidan en equidad, es decir, según su leal saber y entender y sin tener que aplicar la ley en todo su rigor³⁶.

33 Por ejemplo: Convenio Europeo de 1972 y Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1991 (CDI).

34 Artículo 9.6 de la *nueva ley*.

35 Artículo 15.6 de la *nueva ley*.

36 Artículo 34 de la *nueva ley* y sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1987 y 28 de noviembre de 1988.

- El tiempo dispuesto para que los árbitros puedan corregir o clarificar el laudo es de un mes y el tiempo dispuesto para que puedan dictar un laudo complementario es de dos meses. Estos son plazos más largos que los previstos para los arbitrajes domésticos, de diez y veinte días, respectivamente³⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español³⁸, interpretando la *antigua ley*, había establecido que la práctica totalidad de la *antigua ley* no era aplicable a los arbitrajes internacionales (aunque no los definía), con la excepción de las normas de derecho internacional privado y de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que sí eran aplicable a ese tipo de arbitrajes.

III. EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EFECTOS

Del mismo modo que en la *ley modelo* y en la *antigua ley*, el convenio arbitral debe constar por escrito, en un documento firmado o en un intercambio de correspondencia. Sin embargo, la *nueva ley* refuerza el criterio antiformalista de diversos modos, como mediante la autorización de que el convenio pueda quedar recogido en cualquier formato digital o electrónico, con tal de que sea posible consultarlo en el futuro.

De la misma manera, la *nueva ley* incluye la posibilidad de que el convenio arbitral sea incorporado por referencia a otro documento en el que conste dicho convenio³⁹. Esto supone una ventaja en las operaciones mercantiles en las que existen una serie de contratos vinculados entre sí (*project finance*, préstamos sindicados, etc.), pues se da la posibilidad de redactar un solo convenio arbitral y hacer mención al mismo en todos los demás documentos, y así tratar

37 Artículo 39 de la *nueva ley*.

38 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001.

39 Artículo 9.4 de la *nueva ley*.

de asegurar que todas las controversias dimanantes de contratos y que hagan referencia a un único convenio, estén sometidas al mismo procedimiento arbitral (*multicontract arbitration*) o, al menos, al mismo tipo de arbitraje.

La validez del convenio arbitral por referencia puede ser discutida en contratos con consumidores, en los que el contrato haga referencia a condiciones generales de contratación, una de las cuales sea la sumisión del consumidor a arbitraje. La propia *nueva ley* indica que la validez e interpretación de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión (no negociado) se regirá por las normas aplicables a este tipo de contratos⁴⁰.

Además, la *nueva ley* suprime la necesidad que imponía la *antigua ley* de que las partes incluyan una mención especial en el convenio, obligándose a cumplir el contenido del laudo arbitral⁴¹. A pesar de esta disposición, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español había suavizado esta exigencia, entendiendo en muchos casos que dicha mención estaba incluida de modo tácito por las partes, por el mero hecho de someterse a arbitraje⁴².

Algunos reglamentos arbitrales ya incluyen menciones a la obligatoriedad de cumplimiento del laudo. El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) establece que el laudo es obligatorio para las partes y que las mismas renuncian a cualquier vía de recurso a la que pueda renunciar válidamente⁴³. El nuevo Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid se limita a decir que las partes se comprometen a ejecutar

40 Artículo 1.2 de la *nueva ley*, que remite al artículo 54.2 de la LEC, que declara inválida la sumisión hecha en contratos de adhesión. Acerca de esta cuestión, véase más adelante el comentario al empleo de la declinatoria de jurisdicción y al principio *kompetenz-kompetenz*.

41 Artículo 5.1 de la *antigua ley*.

42 Sentencias del Tribunal Supremo español número 1042/1999, de 11 de diciembre y de 1º de junio de 1999.

43 Artículo 28.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente desde el 1º de enero de 1998 (en adelante, el "Reglamento de la CCI").

sin demora el laudo⁴⁴. A pesar de estas disposiciones, es posible defender que una parte no puede renunciar válidamente a la acción de anulación contra el laudo, que le ofrece la Ley de Arbitraje, pues sería tanto como renunciar al derecho fundamental de defensa, comprensible dentro del art. 24.1 de la Constitución española de 1978⁴⁵.

La *nueva ley* parece simplificar el problema de la arbitrabilidad de una disputa, es decir, el tipo de litigios que la legislación de un estado permite que se sometan a arbitraje, ya que remplace la lista de materias excluidas de arbitraje, incluida en la *antigua ley*, con una afirmación general de que cualquier materia que esté dentro del poder de disposición de las partes puede ser sometida a arbitraje. Esta previsión, por ejemplo, excluiría la competencia de los árbitros para determinar cuestiones relativas a derechos de propiedad sobre bienes inmuebles sitos en España⁴⁶.

Este precepto puede ser criticable en la medida en que con el nuevo régimen es necesario determinar previamente si las partes tienen o no poder de disposición sobre una materia concreta, lo cual no es siempre tarea fácil, pues incluso en el ámbito de las obligaciones y contratos —disponible en esencia— hay aspectos sobre cuya arbitrabilidad discuten la doctrina y la jurisprudencia, como puede ser el desahucio en los arrendamientos urbanos.

También es posible plantearse si una controversia sobre infracción de normas de derecho de la competencia puede ser sometida a arbitraje en España. En principio se puede pensar que se trata de derecho público indisponible, pero lo cierto es que algunas normas de competencia inciden directamente en el ámbito de las obligaciones contractuales, como por ejemplo, la obligación de someter a un tercero la cuestión de la existencia de necesidad de reestructuración de una red de distribución⁴⁷ para determinar el plazo adecuado de

44 Artículo 48 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

45 Constitución Española de 1978, *BOE* 29 diciembre 1978, núm. 311.

46 Artículo 22.1 de la LOPJ.

47 Artículo 3.6 del Reglamento (CE) 1400/2002.

preaviso que el concedente ha de dar al concesionario al resolver un contrato de distribución, teniendo en cuenta que muchos contratos de distribución, sobre todo en el ámbito transnacional, se someten a arbitraje. En relación con este punto, la *antigua ley*⁴⁸ decía expresamente que no se permitía someter a arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tuvieran poder de disposición, con lo que surgiría la duda de si esa disputa entre concedente y concesionario sería arbitrable o no, pues junto a un contrato de distribución, que es materia claramente disponible, se aplican normas de derecho de la competencia comunitario europeo, de rango incluso superior a la ley nacional española⁴⁹.

La *nueva ley* también prevé que una solicitud de suspensión de un procedimiento civil, basada en la existencia de un convenio arbitral (mediante el ejercicio de la declinatoria⁵⁰), no impedirá el comienzo o la continuación del procedimiento arbitral⁵¹.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC existía un problema jurídico de difícil solución: dado que, en la mayoría de los procesos, las cuestiones de competencia y jurisdicción se resolvían al final del proceso, en la propia sentencia, el demandado ante los tribunales civiles que quisiera invocar el convenio arbitral podía (i) presentar una excepción de sumisión a arbitraje y, además, contestar a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, para el caso de que no se estimara válida la sumisión a arbitraje, con el riesgo de que se considerara que, al haber contestado a la demanda, renunciaba al arbitraje, o (ii) podía limitarse a interponer la excepción de sumisión a arbitraje, con el riesgo de que si se desestimaba, no tendría luego la oportunidad de plantear argumentos de defensa en cuanto al fondo.

48 Artículo 2.1b.

49 Para un estudio más completo de las relaciones entre el derecho comunitario y el arbitraje, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, "Arbitraje comercial internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia", en *Diario La Ley*, n° 4895, 30 de septiembre de 1999. Madrid.

50 Artículos 63 a 65 de la LEC.

51 Artículo 11.2 de la *nueva ley*.

La jurisprudencia estaba dividida en cuanto a las soluciones que había que dar a este conflicto⁵². Con la entrada en vigor de la LEC y la reforma del artículo 11 de la *antigua ley* (de cuyo contenido no se aparta la *nueva ley*), la oposición a una demanda por sumisión a arbitraje se realiza mediante la declinatoria, conforme a cuya tramitación se suspende el plazo para contestar a la demanda en cuanto al fondo, mientras el juez civil decide si abstenerse o no, con base en el convenio arbitral.

En este sentido, es importante señalar que la *nueva ley* incorpora expresamente el principio *kompetenz-kompetenz*, que advierte de que son los árbitros los únicos competentes para decidir sobre su propia competencia y las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral⁵³. Este principio debería implicar que el juez civil deberá abstenerse de conocer de las materias sometidas a arbitraje una vez que compruebe la existencia, *prima facie*, de un convenio arbitral válido, dejando que sea el árbitro el que examine el resto de requisitos de validez contenidos tanto en la Ley de Arbitraje como en las normas procesales aplicables.

IV. NOMBRAMIENTO Y RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS

El principio general sigue siendo el de libertad de las partes para nombrar a los árbitros, respetando siempre el principio de igualdad entre ellas. Cuando no sea posible nombrar a los árbitros de acuerdo con el procedimiento elegido por las partes⁵⁴, cualquiera de ellas

52 Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 372/2002, de 25 de septiembre, donde se expone y se comenta esta división de la jurisprudencia. Véanse también: CORDÓN MORENO, FAUSTINO y OTROS, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. I, Aranzadi, 2001, págs. 401 y 402.

53 Artículo 22.1 de la *nueva ley*.

54 De igual forma que conforme a la *antigua ley*, las partes pueden nombrar a una institución arbitral nacional o internacional para administrar el procedimiento según su propio reglamento, lo que incluye el procedimiento para el nombramiento de los árbitros (es el llamado arbitraje institucional).

podrá solicitar a un tribunal ordinario que nombre a los árbitros⁵⁵ (lo que anteriormente se denominaba “formalización judicial del arbitraje”). A este respecto, el tribunal deberá tener en cuenta los requisitos establecidos por las partes en relación con las cualidades y condiciones de los árbitros y deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Cuando las partes sí hayan acordado el número de árbitros del tribunal arbitral, pero no el procedimiento para nombrarlos, la *nueva ley* prevé un procedimiento supletorio de nombramiento. A modo de ejemplo, cuando las partes han acordado que haya tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así nombrados se deberán poner de acuerdo acerca de la identidad del presidente del tribunal arbitral⁵⁶. En caso de que los dos coárbitros no se pongan de acuerdo en el plazo de treinta días desde la última aceptación, el nombramiento también se realizará por el tribunal competente.

Si las partes se han sometido al reglamento de alguna institución arbitral, se aplicarán las normas de ésta respecto a la designación y nombramiento de árbitros. En estos casos, las cortes arbitrales suelen reservarse algunos privilegios como el de que los árbitros a elegir pertenezcan a dicha corte o estén en su listado de posibles árbitros, o el privilegio de nombrar al presidente del tribunal en caso de desacuerdo, o a un coárbitro, en caso de que la parte correspondiente no lo nombre⁵⁷.

Respecto a los requisitos para ser árbitro, la *nueva ley*⁵⁸ ha eliminado el incluido en la *antigua ley*⁵⁹ de que los árbitros deban ser abogados en ejercicio siempre que el fondo de la disputa haya de ser decidido conforme a derecho. No obstante, cuando el arbitraje sea doméstico y en derecho, los árbitros deberán ser abogados en ejercicio, a no ser que las partes decidan otra cosa, lo que ha supuesto

55 Artículo 15.3 de la *nueva ley*.

56 Artículo 15.2.b) de la *nueva ley*.

57 Véase, a modo de ejemplo, el artículo 8 del Reglamento de la CCI.

58 Artículo 15.1 de la *nueva ley*.

59 Artículo 12.2 de la *antigua ley*.

una de las opciones más criticadas de la *nueva ley*, introducida por la presión de los colegios de abogados españoles.

De la misma manera, la *nueva ley* ya no prohíbe que sean árbitros los jueces, magistrados, fiscales en ejercicio, registradores o notarios, como sí lo impedía la antigua ley⁶⁰. Conforme a la *nueva ley*, sin embargo, un árbitro no debe estar sujeto a ninguna legislación especial que haga incompatible actuar como árbitro con sus funciones habituales⁶¹. En la práctica, esto probablemente haga que los abogados del estado y los jueces en activo no puedan ser nombrados árbitros. Por el contrario, notarios y registradores sí podrán ejercer esa función.

Conforme a la *nueva ley*⁶², las partes pueden acordar un procedimiento para recusar a los árbitros cuando haya dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad o cuando el árbitro no reúna las condiciones especificadas por las partes en el convenio arbitral. En ausencia de tal acuerdo, la *nueva ley* prevé que los árbitros sean los que decidan sobre la recusación. Conforme a la *antigua ley*, los motivos para recusar a un árbitro eran los mismos que para la recusación de jueces y magistrados⁶³. Dichas causas de recusación eran, entre otras: el vínculo matrimonial o parentesco, ser o haber sido tutor o abogado de alguna de las partes, haber sido denunciado por alguna de las partes, tener interés en el pleito, etc.⁶⁴.

La *nueva ley* no define qué se ha de entender por independencia e imparcialidad, pero apunta que el árbitro no puede mantener relación alguna personal, profesional o comercial con las partes⁶⁵ (y se entiende que, igualmente, con sus abogados). Además, la *nueva ley* también permite a las partes pedir a los árbitros aclaración sobre

60 Artículo 12.4 de la *antigua ley*.

61 Artículo 13 de la *nueva ley*.

62 Artículos 17 y 18 de la *nueva ley*.

63 Artículo 12.3 de la *antigua ley*.

64 Artículo 219 de la LOPJ.

65 Artículo 17.1 de la *nueva ley*.

sus relaciones con alguna de las otras partes, en cualquier momento del procedimiento⁶⁶.

Es legítimo preguntarse si se podría recusar a un árbitro del que se conocen sus opiniones acerca de una determinada cuestión de doctrina jurídica que sea clave en un concreto arbitraje, por el temor a que pueda dictar el laudo estando demasiado influido por tales planteamientos. Esta cuestión es de particular relevancia en España, donde muchas veces se nombra como coárbitro o presidente de un tribunal arbitral a algún catedrático universitario de prestigio, que a la vez sea abogado en ejercicio, teniendo muy en cuenta qué ha publicado dicha persona sobre la materia objeto del litigio, para intentar predecir sus futuros razonamientos en el laudo.

Cuando la recusación de un árbitro tuviere éxito y se hiciera necesario nombrar a otro, el nombramiento se hará de acuerdo con el procedimiento seguido para el nombramiento del árbitro recusado⁶⁷.

Otra diferencia apreciable en cuanto al estatuto de los árbitros es que la *nueva ley* les obliga a responder por los daños y perjuicios que causaren en el cumplimiento de su encargo, por mala fe, temeridad y dolo⁶⁸. Mediante esta disposición, la responsabilidad de los árbitros en el ejercicio de sus funciones ha disminuido con respecto a la *antigua ley*, conforme a la cual los árbitros eran responsables también por negligencia⁶⁹. El perjudicado también tiene acción directa contra la institución arbitral que haya administrado el arbitraje.

66 Artículo 17.2 de la *nueva ley*.

67 Artículo 20 de la *nueva ley*.

68 Artículo 21.1 de la *nueva ley*.

69 Artículo 16.1 de la *antigua ley*.

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La *nueva ley*⁷⁰ permite una mayor libertad de las partes para acordar las normas sobre procedimiento, con el único límite de las normas imperativas presentes en la ley. De aquí surge la cuestión de cuáles son las normas imperativas de la *nueva ley*, lo que no es una cuestión sencilla de resolver. De entrada, en el título V (*De la sustanciación de las actuaciones procesales*) todas las normas son dispositivas, a excepción del principio general de igualdad, audiencia y contradicción, contenidos en el artículo 24 (en paralelismo con el también artículo 24 de la Constitución, que define el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye esos mismos principios de igualdad, audiencia y contradicción).

La *nueva ley* fortalece el papel de los árbitros para decidir sobre cuestiones de procedimiento⁷¹ —en ausencia de un acuerdo de las partes al respecto⁷²— y trata de acelerar las distintas fases del procedimiento. También concede al presidente del tribunal arbitral el poder de decidir sobre cuestiones de impulso del procedimiento, a no ser que haya acuerdo en contrario de las partes o del resto de los árbitros⁷³.

En una notable innovación, la *nueva ley* permite a los árbitros la adopción de medidas cautelares⁷⁴, mientras que la *antigua ley* guardaba silencio a este respecto, aunque algunos autores españoles eran de la opinión de que la legislación procesal civil y de arbitraje lo permitía⁷⁵. Este avance está en línea con la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, que da pie a que las partes de un procedimiento arbitral que haya comenzado en España o fuera de

70 Artículos 25.1 y art. 41.1 b y d de la *nueva ley*.

71 Artículo 25.2 de la *nueva ley*.

72 Artículo 25.1 de la *nueva ley*.

73 Artículo 35.2 de la *nueva ley*.

74 Artículo 23 de la *nueva ley*.

75 LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, ÁLVARO, "Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional", *Diario La Ley*, n° 5046, 4 de mayo de 2000.

ella, soliciten a los tribunales españoles la adopción de medidas cautelares para asegurar el resultado del arbitraje⁷⁶.

No obstante, en España la facultad de hacer ejecutar lo juzgado reside exclusivamente en juzgados y tribunales⁷⁷ (a pesar de que el Tribunal Constitucional ha calificado al arbitraje, en diferentes ocasiones, de *equivalente jurisdiccional*⁷⁸), por lo que aunque un árbitro ordene la adopción de una medida cautelar, siempre habrá que pedir auxilio a un juez civil para ejecutarla.

Por su parte, el artículo 1.2 de la *nueva ley* establece que el artículo 23 del mismo texto (que permite la adopción de medidas cautelares por los árbitros) será de aplicación a los arbitrajes que tengan lugar fuera de España. De esta manera, se abre la puerta a la adopción de medidas cautelares mediante laudos interlocutorios adoptados fuera de España que luego sean reconocidos en España por vía de *exequátur*, a través del régimen previsto en el Convenio de Nueva York⁷⁹. Algunos autores, sin embargo, entienden que el Convenio de Nueva York no es aplicable a este tipo de laudos, pues se discute si tales decisiones son decisiones sobre el fondo, en el sentido del artículo I de dicho Convenio internacional. Anteriormente, la posibilidad de reconocer laudos extranjeros que adoptaran medidas cautelares chocaba con las normas de competencia judicial internacional de los tribunales españoles⁸⁰.

76 Artículo 722 de la LEC.

77 Artículo 117.3 de la Constitución española de 1978.

78 Sentencias del Tribunal Constitucional Español 62/1991, de 22 de marzo y 174/1995, de 23 de noviembre.

79 Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, *BOE* 11 julio 1977, n° 164, pág. 2211 y sigs. (en adelante, el Convenio de Nueva York). España no ha formulado ninguna reserva a dicho convenio.

80 Artículo 22 5° de la LOPJ: “En el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes: ...5. Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”.

Una parte importante de la doctrina española entendía que esta competencia de los tribunales españoles era exclusiva y que por tanto los árbitros no podrían adoptar

Otra característica innovadora de la *nueva ley* es su expresa mención del deber impuesto a los árbitros, las partes y las instituciones que administren el arbitraje, de mantener la confidencialidad de la información que se transmita durante el arbitraje⁸¹. A este respecto y de la misma manera que en otros países europeos, los abogados en activo en España (incluyendo a los árbitros) no están sometidos al deber de confidencialidad en lo que se refiere a actos de terrorismo o blanqueo de dinero⁸².

La *nueva ley* también incluye la posibilidad de modificar o ampliar la demanda o la contestación⁸³ con el límite en las normas de procedimiento que se pacten. Esto parece posibilitar que se amplíe el suplico de la demanda (*petitum*), se aporte más documentación o se presenten reconvenções, mientras que las partes no hayan pactado expresamente lo contrario.

Acerca de las vistas orales en el procedimiento arbitral, con la *nueva ley*, y excepto que las partes pacten otra cosa, éstas siempre van a poder solicitar al árbitro una audiencia oral en el procedimiento arbitral, aunque éste no la señale de *motu proprio*⁸⁴. En la *antigua ley*⁸⁵ sólo se especificaba que eran los árbitros los que podían decidir oír a las partes y a sus representantes tras la práctica de la prueba, independientemente de si las partes habían acordado que hubiera audiencias orales en las reglas de procedimiento.

Respecto a la posibilidad de que se nombraran peritos que dictaminaran sobre materias concretas, la *antigua ley* no lo excluía⁸⁶,

medidas cautelares. Por todos, DE LA OLIVA, ANDRÉS, *Derecho procesal civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág. 322.

81 Artículo 24.2 de la *nueva ley*.

82 Véanse Ley 19/2003, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

83 Artículo 29.2 de la *nueva ley*.

84 Artículo 30.1 de la *nueva ley*.

85 Artículo 29 de la *antigua ley*.

86 Artículo 26 de la *antigua ley*.

pero ahora tal mecanismo de prueba se incluye expresamente en el texto legal, pudiéndose pedir al árbitro tal nombramiento⁸⁷.

La *nueva ley* también refleja la posibilidad de que las partes aporten dictámenes periciales realizados por peritos de parte⁸⁸. Aunque no se diga explícitamente, los peritos también podrán comparecer ante el tribunal arbitral simplemente para ratificarse en sus informes y responder a preguntas sobre el mismo, formuladas por la parte contraria, o por el tribunal.

Dado que el arbitraje tiene una vocación de hallar la verdad material en mayor medida que los procedimientos civiles, la presencia de peritos en el procedimiento deviene de una importancia singular.

Finalmente, la *nueva ley* prevé que tanto las partes como los árbitros puedan solicitar a los tribunales ordinarios su ayuda a la hora de la práctica de las pruebas, mientras que la *antigua ley* sólo permitía que fueran los árbitros los que realizaran la solicitud⁸⁹. A modo de ejemplo, el tribunal ordinario puede acordar que se practique la prueba bajo su exclusiva dirección o puede limitarse a enviar un mandamiento a los testigos para que acudan ante el tribunal arbitral, bajo apercibimiento de que si no lo hacen se les puede imputar un delito de desobediencia⁹⁰.

Además, con la *antigua ley*, el único tribunal competente para el auxilio judicial era el juzgado de primera instancia del lugar en que se desarrolle el arbitraje, mientras que con la *nueva ley*⁹¹, el abogado podrá solicitar el auxilio judicial tanto al juzgado de primera instancia

87 Artículo 32.1 de la *nueva ley*.

88 Artículo 32.3 de la *nueva ley*.

89 Artículo 27 de la *antigua ley*.

90 Artículo 33 de la *nueva ley* y artículo 556 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 24 de noviembre de 1995): “Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

91 Artículo 8.2 de la *nueva ley*.

del lugar donde se desarrolle el arbitraje como al del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Evidentemente, bajo la *antigua ley* el juzgado de primera instancia podía solicitar el auxilio judicial del juzgado del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia, pero la nueva regulación facilita más la obtención y la práctica de las pruebas⁹².

VI. EL LAUDO ARBITRAL

Conforme a la *nueva ley* y de acuerdo con la tendencia internacional⁹³, los árbitros sólo dictarán el laudo en equidad si las partes expresamente les han autorizado para ello, mientras que conforme a la *antigua ley*, los árbitros debían decidir en equidad si las partes no habían decidido expresamente, en el convenio arbitral, que el fondo de la disputa hubiera de ser decidido en derecho⁹⁴.

La *nueva ley*⁹⁵, en arbitrajes de carácter internacional, ya no impone la restricción de la *antigua ley*⁹⁶ de que la ley designada ha de tener alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia. Nada se dice, sin embargo, de qué criterios regirán la validez de la elección de la ley aplicable sobre el fondo en los arbitrajes domésticos. Este olvido quizá supone la presunción de que en un arbitraje con sede en España y sin ningún elemento internacional, las partes siempre van a elegir la ley española, lo que no siempre tiene por qué ocurrir. La *nueva ley*⁹⁷ se limita a decir que los árbitros decidirán

92 En el ámbito de la Unión Europea es también aplicable el Reglamento (CE) número 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, del Consejo: cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

93 Véanse el artículo 28.3 de la *ley modelo* y el artículo 17.3 del Reglamento de la CCI.

94 Artículo 4.2 de la *antigua ley*.

95 Artículo 34.2 de la *nueva ley*.

96 Artículo 61 de la *antigua ley*.

97 Artículo 34.3 de la *nueva ley*.

con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

Ante esta ausencia de regulación, hay que tener en cuenta que el Convenio de Roma de 1980⁹⁸, del que España es parte, da también una amplia libertad a las partes para elegir las normas aplicables a su relación jurídica, sin que deba haber necesariamente una conexión entre la ley y dicha relación jurídica.

De cualquier manera, el laudo siempre debe ser razonado, lo que mejora la redacción de la *antigua ley*, que no mencionaba esta obligación respecto a los laudos dictados en equidad. El Tribunal Constitucional español había declarado que no motivar un laudo en equidad no vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹⁹, ni la obligación de motivar las sentencias¹⁰⁰, dado que un laudo no es equivalente a una sentencia¹⁰¹.

Del mismo modo que hace la *ley modelo*¹⁰², la *nueva ley* también prevé la posibilidad de que haya laudos que formalicen un acuerdo alcanzado por las partes, en cuyo caso éstas pueden solicitar del árbitro que dicte un laudo en los términos convenidos por las partes¹⁰³. El derecho español recoge la figura de los acuerdos transaccionales¹⁰⁴, que tienen fuerza de cosa juzgada entre las partes, pero la ejecución de dicho acuerdo es más lenta que la de un laudo transaccional, pues para ejecutar un acuerdo transaccional (en caso de que una parte lo incumpla) primero hay que obtener una sentencia judicial de condena contra la parte que incumpla el acuerdo, en un procedimiento declarativo, mientras que el laudo es directamente ejecutable.

98 Artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales.

99 Artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, *BOE* de 29 de diciembre de 1978, número 311.

100 Artículo 120 de la Constitución española.

101 Auto del Tribunal Constitucional español número 259/1993, de 20 de julio.

102 Artículo 30 de la *ley modelo* de la UNCITRAL.

103 Artículo 36 de la *nueva ley*.

104 Artículos 1809 a 1819 del Código Civil.

La *nueva ley* amplía el plazo para dictar el laudo. En ausencia de un acuerdo entre las partes en contrario, la *nueva ley* establece un plazo de seis meses para dictar el laudo, desde el momento en que se presente al tribunal arbitral la contestación a la demanda¹⁰⁵. Conforme a la *antigua ley*, el laudo había de ser dictado dentro de los seis meses siguientes a la notificación a las partes de que los árbitros habían aceptado su nombramiento¹⁰⁶, lo que, en la práctica, hacía que el tiempo para dictar el laudo fuera mucho menor, ya que tras la aceptación de los árbitros, la presentación de los diversos escritos sobre el fondo por las partes podía demorarse mucho. Con la *nueva ley*, al menos se asegura que los árbitros contarán con los dos principales escritos de las partes antes de que empiece a correr el plazo para decidir.

En este sentido, no se ha de confundir demanda arbitral y solicitud de arbitraje que, al menos según el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional¹⁰⁷, precede a la demanda y sólo ha de contener una breve exposición de los hechos, los contratos relevantes, el convenio arbitral, la cuantía del procedimiento y las pretensiones de la parte demandante.

Por otro lado, de conformidad con la *nueva ley*, los árbitros pueden extender por propia voluntad el plazo para dictar el laudo por un máximo de dos meses, mediante una decisión procesal razonada, aunque teniendo en cuenta que de esa manera no se ha de violar ningún acuerdo en contrario de las partes¹⁰⁸. Sin embargo, bajo la *antigua ley*, las partes debían acordar expresamente tal extensión del plazo¹⁰⁹. De este modo, ahora los árbitros pueden decidir prorrogar el plazo si alguna de las partes está de acuerdo con ello, mientras que con anterioridad todas las partes debían apoyar tal decisión. En la *nueva ley*, la máxima extensión del plazo que los árbitros pueden imponer es de dos meses.

105 Artículo 37.2. de la *nueva ley*.

106 Artículo 30.1 de la *antigua ley*.

107 Artículo 4 del Reglamento de la CCI.

108 Artículo 37.2 de la *nueva ley*.

109 Artículo 30.1 de la *antigua ley*.

Conforme a la *antigua ley*¹¹⁰, en caso de que el laudo se dictara fuera del plazo de seis meses, las partes se veían obligadas a iniciar un procedimiento judicial sobre la materia del arbitraje, dejando sin efecto el convenio arbitral. En el mismo supuesto, la *nueva ley*¹¹¹ sólo exige que se inicie un nuevo procedimiento arbitral, pero deja intacta la fuerza del convenio.

Para facilitar la ejecución de los laudos arbitrales, la *nueva ley* elimina el engorroso requisito de que el laudo deba ser elevado a público por un notario español¹¹², sin lo cual, bajo la *antigua ley*, no se podía proceder a su ejecución¹¹³.

A pesar de que ya no es obligatorio protocolizar notarialmente el laudo arbitral, puede seguir siendo conveniente hacerlo. La razón reside en que el punto 3 de la disposición final primera de la *nueva ley* modifica el número 4º del apartado 1 del artículo 550 de la LEC, en el sentido de que, en la fase de ejecución del laudo arbitral, la parte que haya sido condenada en el arbitraje podrá oponerse a la ejecución del laudo alegando la falta de autenticidad del mismo, cuando no esté protocolizado. Aunque en el trámite de oposición se verifique la autenticidad del laudo, puede impedirse esta táctica dilatoria con sólo protocolizar el laudo.

VII. EJECUCIÓN DEL LAUDO Y RECURSOS FRENTE AL MISMO

Los preceptos de la *nueva ley* para los procedimientos de ejecución y anulación del laudo arbitral también son más liberales. Se dispone de dos meses desde la fecha de la notificación del laudo para solicitar su anulación ante un tribunal ordinario¹¹⁴. Bajo la *antigua ley*, ese plazo era de solamente diez días¹¹⁵.

110 Artículo 30.2 de la *antigua ley*.

111 Artículo 37.2 de la *nueva ley*.

112 Artículo 37.8 de la *nueva ley*: “el laudo podrá ser protocolizado notarialmente...”.

113 Artículo 33.2 de la *antigua ley*.

114 Artículo 41.4 de la *nueva ley*.

115 Artículo 46.2 de la *antigua ley*.

Un éxito importante de la *nueva ley* es la posibilidad de ejecutar el laudo incluso si todavía está pendiente el procedimiento para anular el laudo arbitral. Sin embargo, un tribunal ordinario puede suspender el procedimiento de ejecución si la parte contra la que se trata de ejecutar el laudo presenta una garantía en una cuantía igual a la condena expresada en el laudo, más los posibles daños que surjan del retraso en la ejecución del laudo¹¹⁶.

Por tanto, la equiparación de los laudos arbitrales a las sentencias civiles no es total, pues el condenado en el laudo podrá obtener la suspensión de la ejecución con sólo prestar caución suficiente y, por el contrario, para oponerse a la ejecución provisional de una sentencia civil, el ejecutado debe, además de prestar caución suficiente: (i) en el caso de condenas no dinerarias, demostrar que es imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado¹¹⁷ y, (ii) en el caso de condenas dinerarias, demostrar que una actuación ejecutiva concreta le causa un daño imposible de restaurar e indicar otras actuaciones ejecutivas posibles¹¹⁸.

Otro punto en el que se puede discutir si la equiparación entre laudos arbitrales y sentencias judiciales no es total es en la cuantificación de los intereses por mora procesal. El interés que devenga la cantidad a que se condena en una sentencia es el interés legal del dinero más dos puntos porcentuales, desde que se dicta la sentencia¹¹⁹. La jurisprudencia, no obstante, no ha aclarado del todo si en el caso de los laudos el interés de demora debe empezara a contarse desde la fecha en que se dictó el laudo¹²⁰ o desde que éste deviene firme¹²¹, porque pasa el plazo para ejercitar la acción de

116 Artículo 45.1 de la *nueva ley*.

117 Artículo 528.2.2ª de la LEC.

118 Artículo 528.3 de la LEC.

119 Artículo 576 de la LEC.

120 Auto de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 117/2000, de 21 de marzo.

121 Auto de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 47/2003, de 26 de febrero.

nulidad o porque el órgano competente no anula el laudo, una vez ejercitada dicha acción. Sin embargo, el momento en que empezará a devengarse el interés de demora respecto a los laudos dictados fuera de España será, probablemente, la fecha del auto de reconocimiento, pues antes de esa fecha no es una resolución española propiamente dicha.

Conforme a la *antigua ley*, el laudo arbitral no podía ser ejecutado si el procedimiento para anular el laudo todavía estaba pendiente, pero la parte contra la que el procedimiento de anulación se había iniciado podía solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar el resultado de la futura ejecución del laudo, en caso de que no se anulara el mismo¹²². Una desventaja de ese sistema residía en que, de forma contraria al sistema general de adopción de medidas cautelares previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹²³, las medidas cautelares para aseguramiento del laudo no podían concederse sin dar traslado a la parte condenada (*inaudita parte*), que podía entonces tratar de distraer sus bienes.

Respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la *nueva ley* hace una mención explícita a la aplicación obligatoria del Convenio de Nueva York. Dicho convenio internacional entró en vigor en España el 10 de agosto de 1977, así que también era aplicable bajo la ley de 1988, aunque no se citara expresamente en ella. La *nueva ley* también dispone que se aplicarán preferentemente otros tratados internacionales si sus disposiciones sobre reconocimiento de laudos extranjeros son más favorables que las del Convenio de Nueva York. España es parte de varios tratados bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales¹²⁴, aunque de todos modos, sería difícil encontrar un régimen más beneficioso que el del Convenio de Nueva York a estos efectos. Por ser Francia una sede privilegiada de arbitrajes internacionales,

122 Artículo 50 de la *antigua ley*.

123 Artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: medidas cautelares *inaudita parte*.

124 Por ejemplo: Convenio España - Francia, de 28 de mayo de 1969 y Convenio España - México de 17 de abril de 1989.

conviene hacer referencia al Convenio España - Francia, cuyo artículo 16 contiene una cláusula de salvaguardia a favor de los convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materias especiales, como el Convenio de Nueva York. La jurisprudencia española, en casos de duda sobre la aplicabilidad del Convenio España-Francia o el de Nueva York, se ha decantado por este último en razón de su especialidad y de que sus requisitos para el reconocimiento son menos estrictos (principio *favor exequátur*)¹²⁵.

Del mismo modo, la *nueva ley* ha eliminado los motivos adicionales de denegación de ejecución de laudos arbitrales extranjeros que un tribunal español podía aplicar de conformidad con la *antigua ley*, añadiéndolos al Convenio de Nueva York¹²⁶.

Un gran cambio introducido por la *nueva ley*¹²⁷ y que probablemente haya que calificar de defecto, sea el hecho de que a partir de ahora los órganos competentes para conceder el *exequátur* serán los juzgados de primera instancia. De este modo, se pierde en cierto modo la seguridad jurídica que existía sobre los criterios que iba a aplicar el Tribunal Supremo, que era el competente con anterioridad y que había creado una rica jurisprudencia¹²⁸.

Más aún, el artículo 956 de la LEC 1881, todavía en vigor, prevé que contra la denegación del *exequátur* no cabe recurso alguno, con lo que un laudo obtenido tras un costoso procedimiento arbitral fuera de España puede no ser reconocido por la decisión de un juez que, con toda seguridad, no será un experto en arbitraje, como sí lo era, en cierto modo, el Tribunal Supremo. El único recurso posible

125 Autos del Tribunal Supremo español de 20 de junio de 2000 y de 2 de marzo de 1999.

126 Artículo 59 de la *antigua ley*.

127 Artículo 8.6 de la *nueva ley*.

128 Artículo 57 de la *antigua ley*.

sería el de amparo ante el Tribunal Constitucional¹²⁹, por contravención, por ejemplo, de su doctrina sobre el contenido del orden público en materia de arbitraje, que está compuesto, sobre todo, por los derechos fundamentales de base procesal contenidos en la Constitución y fundamentalmente el artículo 24, ya citado¹³⁰.

Otro defecto de la *nueva ley* consiste en que el beneficioso régimen del Convenio de Nueva York se aplica a los laudos “extranjeros”¹³¹, pero no a los dictados en arbitrajes con sede en España que tengan carácter internacional, a los que se aplicará el régimen de motivos de nulidad previsto en la *nueva ley*. Este defecto es relativo pues los motivos de anulación del laudo arbitral en la *nueva ley*¹³² siguen la *ley modelo* de modo casi literal y dichos motivos, a su vez, están basados casi completamente en el Convenio de Nueva York¹³³.

VIII. RÉGIMEN TRANSITORIO

Por último, la disposición transitoria única dispone el régimen transitorio de la *nueva ley*, para los casos de procedimientos arbitrales ya comenzados bajo la vigencia de la *antigua ley* o para laudos

129 Artículo 53.2 de la Constitución española y artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, *BOE* de 5 octubre 1979, núm. 239, pág. 23186.

130 Auto del Tribunal Constitucional 116/1992, de 4 de mayo y sentencia del Tribunal Constitucional 43/1986, de 15 de abril.

131 Artículo 46 de la *nueva ley*.

132 Artículo 41.1 de la *nueva ley*.

133 Artículo V del Convenio de Nueva York de 1958.

dictados en un procedimiento regido bajo la *antigua ley* pero ejecutados al amparo de la *nueva ley*¹³⁴.

IX. CONCLUSIONES

La adhesión de España al régimen de arbitraje de la *ley modelo* es ya un hecho, lo que traerá una mayor facilidad y flexibilidad en los procedimientos arbitrales y un régimen legal de arbitraje un tanto “anglosajón”, lo que debería hacer que el arbitraje internacional en España fuera más accesible para los abogados y juristas internacionales y para sus clientes. La intención expresa de la *nueva ley* es promover que España sea una sede ideal para el arbitraje internacional y las nuevas mejoras de dicha norma favorecen dicho objetivo grandemente.

134 RÉGIMEN TRANSITORIO

	Normativa aplicable	
	Iniciado / Dictado / Pendiente	
	Antes del 26 de marzo 2004	Después del 26 de marzo 2004
Procedimiento arbitral	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 36/88 • Ley 60/03 (convenio arbitral y sus efectos)	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 60/03
Laudos	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 36/88 (anulación y revisión)	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 60/03 (anulación y revisión)
Procedimiento de exequátur	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 36/88 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 60/03
Procedimientos de ejecución forzosa	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 36/88 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 60/03

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, HENRI, KAPLAN, NEIL y W. RIVKIN, DAVID, *Model Law Decisions*, Kluwer Law Internacional, Great Britain, 2003.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, “Arbitraje comercial internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia”, en *Diario La Ley*, n° 4895, Madrid 30 de septiembre de 1999.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN, “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Diario La Ley*, n° 5978, de 18 de marzo de 2004, Madrid.
- CAIRNS, DAVID J. y LÓPEZ ORTIZ, ALEJANDRO, “Spain passes new arbitration act”, *IBA Arbitration and ADR Newsletter*, October, 2004, Madrid.
- CHILLÓN MEDINA, JOSÉ MARÍA y MERINO MERCHÁN, JOSÉ F., “Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje”, *Revista La Ley*, n° 5945, de 2 de febrero de 2004, Madrid.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO y otros, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. I, Aranzadi, Madrid, 2001, págs. 401 y 402.
- DE LA OLIVA, ANDRÉS, *Derecho procesal civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 322.
- GONZÁLEZ SORIA, JULIO (coordinador), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, 2004, Thomson-Aranzadi, Madrid.
- GUASP, JAIME, *El arbitraje en derecho español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1956, pág. 98.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL (coordinador), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Grupo Difusión, Madrid, 2004.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, ÁLVARO, “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, *Diario La Ley*, n° 5046, 4 de mayo de 2000, Madrid.
- MOSCARDÓ, MIGUEL y otros, *La nueva ley de arbitraje*, Biblioteca Expansión, Madrid, 2004.