

Revista del Foro Canario

79

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

EL ARBITRAJE EN LA LEY DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988

JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ

ABOGADO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONVENIO ARBITRAL: ÁRBITROS Y FORMALIZACIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE.
- III. PROCEDIMIENTO ARBITRAL; LAUDO Y RECURSO DE ANULACIÓN.
- IV. EJECUCIÓN DEL LAUDO.
- V. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Arbitraje de 1988⁽¹⁾ ha venido a sustituir la Ley de 22 de diciembre de 1953⁽²⁾ por la que se regulaban los arbitrajes de derecho privado⁽³⁾ ⁽⁴⁾. Sin lugar a dudas, la derogada Ley de 22 de diciembre de 1953, con el transcurso del tiempo, no constituía la normativa más idónea para solventar las cuestiones propias del tráfico jurídico-mercantil y, de esta forma, los redactores de la nueva Ley señalan en la Exposición de Motivos que “la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de Derecho Privado vigente viene siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones. La Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra: la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional”. Por tanto, como afirma SERRANO ALONSO, “la propia Exposición de Motivos de la Ley de 5 de diciembre de 1988 se autojustifica por una parte por el insatisfactorio resultado práctico que se obtuvo con la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre Arbitrajes de Derecho Privado y por otra por la conveniencia de establecer el cauce adecuado para hacer efectivo los sistemas de conciliación y arbitraje que diversas leyes establecen como cauce

(1) BOE de 7 de diciembre de 1988.

(2) Para una mayor profundización sobre la nueva Ley de Arbitraje ACOSTA ESTÉVEZ, J.: *Aspectos jurídico-procesales de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*, en Revista General de Derecho (en prensa); CREMADES, B.: *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, en La Ley, 1989, núm. 2.197; Id. *L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage*, en Revue de l’Arbitrage, 1989, núm. 2; GARCÍA SOLÉ, F.: *La nueva Ley de Arbitraje*, en Revista General de Derecho, 1989, núms. 538-539; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en La Ley, 1989, núm. 2.214; MARÍN LÓPEZ, A.: *La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: la Ley 36/1988 de 5 de diciembre*, en La Ley, 1989, núm. 2.207; O’CALLAGHAN, X.: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 1; ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 2; SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 8.

(3) PRIETO CASTRO, L.: *La Ley de Arbitraje del 5 de diciembre de 1988*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1989, núm. 3, págs. 7 y ss. Ver las reflexiones críticas realizadas por este profesor.

(4) O’CALLAGHAN, X.: *El contrato...*, cit., pág. 4. Señala este profesor que la nueva Ley carece de la coherencia y categoría jurídica que tuvo la de 1953.

voluntario para resolver litigios de ellas derivados; así la Disposición adicional primera núm. 1 de la nueva Ley declara aplicables sus normas a los actos de conciliación o a los arbitrajes expresamente recogidos en el artículo 31 de la Ley de Defensa de los Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984; al previsto en el artículo 34.2 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984; al establecido en el mismo sentido por la Ley de Ordenación del Transporte terrestre de 30 de julio de 1987 y al recogido en el artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987”⁽⁵⁾.

La nueva Ley de Arbitraje se articula en torno a 63 artículos que sistemáticamente se distribuyen en diez títulos, a saber: Título I, *Disposiciones generales* (arts. 1 a 4); Título II, *Del convenio arbitral y sus efectos* (arts. 5 a 11); Título III, *De los árbitros* (arts. 12 a 20); Título IV, *Del procedimiento* (arts. 21 a 29); Título V, *Del laudo arbitral* (arts. 30 a 37); Título VI, *De la intervención jurisdiccional* (arts. 38 a 44); Título VII, *De la anulación del laudo* (arts. 45 a 51); Título VIII, *De la ejecución forzosa del laudo* (arts. 52 a 55); Título IX, *De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros* (arts. 56 a 59); Título X, *De las normas de Derecho internacional privado* (arts. 60 a 63). Finalmente, la citada Ley incluye una serie de *disposiciones adicionales* y una *disposición transitoria* para concluir con una *disposición derogatoria*.

En este punto debemos observar que los principios fundamentales contenidos en el texto de la nueva Ley son los siguientes: a) el convenio arbitral ha venido a sustituir la distinción existente en la derogada Ley de 1953 entre contrato preliminar de arbitraje y contrato de compromiso; b) el convenio arbitral es susceptible de configurarse tanto como un contrato principal —autónomo—, como una cláusula accesorio; c) libertad de forma; d) reconocimiento del llamado arbitraje institucional; e) existencia de un sistema de formalización judicial de arbitraje cuya única función es la designación de los árbitros y f) desaparición de los recursos de casación y de nulidad concedidos por la Ley de 1953 contra los laudos de derecho y de equidad, por una parte, y aparición de un recurso de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial, por otra.

En consecuencia, podemos observar que los redactores de la nueva Ley han conseguido en parte superar alguna de las numerosas críticas formuladas

(5) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 8, pág. 514.

por la doctrina sobre la Ley de 1953 ⁽⁶⁾ ya que, la nueva Ley pretende actualizar la normativa patria en la materia y, por ende, potenciar “la institución arbitral en respuesta a una demanda social cuya razón última habría de buscarse quizá, más que en exigencias de justicia estricta o en conveniencias de orden técnico, en el estado nada halagüeño de nuestra actual Administración de Justicia”. En definitiva, entendemos que el “ámbito de los conflictos posibles entre los miembros de la comunidad” es la realidad social a la que responde el arbitraje pues, sin lugar a dudas, éste se configura “como medio de sustituir la actuación de los Tribunales internos de cada Estado por una actividad privada, sujeta a menos formalidades, y con economía de tiempo y gastos”.

II. EL CONVENIO ARBITRAL: ÁRBITROS Y FORMALIZACIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Según el artículo 1 de la vigente Ley de 1988, mediante la institución arbitral, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho. Seguidamente, el artículo 2 de este mismo cuerpo legal dispone, por vía negativa, las cuestiones y materias que no podrán ser objeto de este instituto, a saber: las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición y, finalmente, 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 pueden actuar por sí mismos. También quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los llamados arbitrajes laborales. Por tanto, la Ley regula el arbitraje civil y mercantil.

(6) CREMADES, B.: *La panorámica española del arbitraje comercial internacional*, en “Escritos...”, cit., pág. 107. Entiende este autor que el texto contenido en la derogada Ley de 1953 suponía “un verdadero freno para el desarrollo del arbitraje en la vida jurídica española”. Esta afirmación encontraba su razón de ser en las siguientes circunstancias: a) exclusión de los arbitrajes de Derecho público; b) El posible arbitraje de las Cámaras de Comercio se encontraba al margen de la citada Ley; c) necesidad de formalizar ante notario o mediante decisión judicial el compromiso arbitral ya que, en caso contrario, la cláusula arbitral o el contrato preliminar quedaba sin efecto; d) existencia de una presunción legal en favor del arbitraje de derecho cuando las partes no especifiquen expresamente la forma en que deba desarrollarse el arbitraje; e) marcado carácter judicialista del proceso arbitral; f) total omisión respecto al arbitraje internacional, etc.

El *convenio arbitral* se configura como el instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición. Se trata de un “acuerdo de voluntades entre dos o más personas por el cual deciden someter una cuestión litigiosa entre ellas existente o que pueda surgir en el futuro, a la decisión de uno o varios árbitros, cuya resolución expresamente declaran acatar excluyendo inicialmente la intervención judicial en la solución de tal controversia”⁽⁷⁾. Por ello el arbitraje se presenta como un convenio entre partes al que es aplicable la normativa general de los contratos⁽⁸⁾ en relación con los elementos necesarios para su validez⁽⁹⁾.

El convenio arbitral deberá contener de modo inequívoco la voluntad expresa de las partes de someterse al arbitraje y de cumplir el laudo (arts. 5.1 y 37). Convenio que podrá concertarse por acuerdo independiente entre las partes o como cláusula incorporada a un contrato principal. En todo caso, la nulidad del contrato principal no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio (art. 8). También será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo estipule para solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones referidas a la administración o distribución de la herencia.

La formalización del convenio arbitral deberá realizarse por *escrito* (art. 6). Ahora bien, a pesar de ser éste un elemento esencial del mismo, queda a la libre elección de las partes la forma de escritura —pública o privada—.

La *capacidad* de los sujetos para celebrar el convenio arbitral, ante el silencio legal, vendrá determinada por la capacidad general para obligarse y por la libre disposición sobre las materias que van a someter a la institución arbitral. Por tanto, las partes deberán tener capacidad general para contratar —capacidad de obrar— y poder de disposición sobre la materia para poder estipular el convenio que instituye el arbitraje.

El *objeto* sobre el que recae el arbitraje es la *controversia*, presente o futura, existente entre las partes. En todo caso, la controversia debe ser jurídica, real, presente o futura y relativa a materia de Derecho privado sobre la que las personas tengan poder de disposición.

(7) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la ley de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 8, pág. 515.

(8) O'CALLAGHAN, X.: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 1, pág. 4.

(9) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje...*, cit., págs. 515 y 516.

Podemos observar cómo el legislador ha introducido una serie de novedades en el ámbito regulador del convenio arbitral: el principio de libertad formal, el principio de separabilidad del convenio accesorio de un contrato principal y, por último, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbitros llamados a dirimir la controversia (arbitraje institucional). Así pues, una de las innovaciones recogidas en el texto de la Ley es la posibilidad de que las personas jurídicas puedan actuar como árbitros ⁽¹⁰⁾.

El Título III de la Ley se refiere a los árbitros y regula su capacidad, sus incompatibilidades, su abstención y su recusación. Pues bien, podrán ser árbitros aquellas personas naturales o jurídicas, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, a las que las partes del convenio conceden la facultad de resolver una determinada cuestión litigiosa entre ellas existente. Por tanto, los árbitros son terceros al convenio y, por extensión, a la cuestión litigiosa; en consecuencia, al no ser sujetos del convenio, no contraen ningún tipo de obligación a éste y sólo tienen la obligación de ejercer el arbitraje a partir de la aceptación. Aceptación que obliga a los árbitros a cumplir su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa (art. 16.1) y, como contraprestación, salvo pacto en contrario, los árbitros podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender sus honorarios y los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (art. 16.2).

La *designación y determinación* de los árbitros corresponderá a las partes del convenio arbitral o, en su caso, éstas podrán ceder tal facultad a un tercero que llevará a cabo la designación de los mismos (art. 9.2). Añadir que, a tenor del apartado 3 del artículo 9, será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros. Por tanto, los árbitros pueden ser nombrados en el convenio arbitral (art. 9.1) de forma nominativa o por referencia; ahora bien, según este mismo precepto, si las partes no hubieren pactado al respecto podrán complementar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio referido a este extremo. También las partes podrán

(10) Ahora bien, no toda persona jurídica esta capacitada para realizar un arbitraje ya que, según el artículo 10, las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento a: corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales y asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Además, según el apartado 2, la corporación o asociación de derecho público deberán protocolizar notarialmente sus reglamentos arbitrales.

deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación y, por último, en defecto de las designaciones anteriores cabe la *formalización judicial* del arbitraje o designación de los árbitros a instancia judicial (art. 38).

Los órganos de la jurisdicción ordinaria serán los encargados de realizar la formalización judicial del arbitraje y, en concreto, será competente el juez de primera instancia (art. 39.1) que, en todo caso, deberá proceder en conformidad a las formalidades previstas para el juicio verbal (art. 39.3). En cuanto a la competencia territorial, será competente el juez de primera instancia del lugar donde deba dictarse el laudo; en su defecto, a elección del actor, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (art. 39.1). Ahora bien, como afirma ORTIZ NAVACERRADA ⁽¹¹⁾, tales fueros deben considerarse prorrogables ya que nada se determina en forma expresa contra el criterio general, y asimismo aplicable el régimen común sobre cuestiones de competencia.

Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje (art. 38.1); esto es, podrá ser actor, e instar la designación judicial, cualquiera de las partes del convenio. Por tanto, para que pueda darse la formalización judicial es necesaria la concurrencia de una serie de circunstancias, a saber: a) solicitud a instancia de parte interesada; b) desacuerdo entre las partes a la hora de designar los árbitros, y c) no cabe la formalización judicial en los casos de designación directa de los árbitros por las partes y todos o alguno de ellos no aceptase o se imposibilitasen para emitir el laudo ya que, en estos supuestos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia (art. 38.2).

El procedimiento se sustanciará conforme a los trámites del juicio verbal ⁽¹²⁾ pero con una peculiaridad propia: la inclusión en la comparecencia de una invitación del juez a las partes para ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (art. 41.1). El juicio verbal es un proceso oral regido por los principios de *concentración* e *inmediación* que transcurre a través de una fase escrita preparatoria y una fase de sustanciación verbal. El juicio se inicia con la presentación de una “demanda” carente de todo formalismo y

(11) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 2, pág. 155.

(12) La vigente Ley, a diferencia de la de 1953, no establece la expresa exigencia de Abogado y Procurador pues, salvo algunas alusiones contenidas en los artículos 40 y 41, guarda silencio al respecto.

que deberá reunir los requisitos exigidos en el artículo 720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, el artículo 39.2 de la Ley de Arbitraje dispone que “el actor se dirigirá por escrito al juzgado, indicando las circunstancias concretas de la falta de acuerdo”, pues bien, esta expresión puede hacer viable un contenido alegatorio y probatorio de mayor extensión al pretendido por el legislador ya que, como se desprende del propio texto legal, el objeto de este proceso es, en principio, única y exclusivamente la designación judicial de los árbitros como consecuencia del desacuerdo en el nombramiento de los mismos por las partes (arts. 38, 41.1, 2 y 5).

Seguidamente, una vez presentada la papeleta con los documentos acreditativos del convenio arbitral (art. 39.2), el juez dictará providencia convocando a las partes a una comparecencia que, en todo caso, deberá señalarse en un término que no baje de veinticuatro horas ni exceda de seis días (art. 726 LEC).

La fase de sustanciación verbal se verificará por comparecencia de las partes ante el juez. Comparecencia que vendrá presidida por los principios de oralidad y concentración. El artículo 40 de la reciente Ley establece las consecuencias de la incomparecencia de las partes: si el demandado o alguno de los demandados o sus representantes no acuden a este acto, no se suspenderá la celebración del mismo (art. 40.1). Por el contrario, la incomparecencia del demandante o de todos los demandantes o de sus representantes dará lugar a que se les tenga por desistidos de su pretensión, condenándoseles al pago de las costas, salvo que el demandado o alguno de los demandados o sus representantes manifiesten su interés por la formalización judicial del arbitraje, en cuyo caso se verificará la celebración del acto (art. 40.2).

En el acto de la comparecencia el juez oírà a las partes o sus representantes y les invitará a ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (art. 41.1). Si no hay convenio sobre la designación de los árbitros o modo de designarlos, procederá el juez a la designación mediante sorteo de entre los nombres incluidos en la lista de abogados en ejercicio que solicitará al Colegio Profesional de la circunscripción judicial correspondiente o del Consejo General de la Abogacía (41.2). La lista estará formada por abogados con más de cinco años de ejercicio profesional que voluntariamente se hayan ofrecido, que no estén en el caso del artículo 14 de la Ley y sin nota desfavorable en su expediente personal (art. 41.3). El sorteo se realizará, en proporción de tres —titular y

dos suplentes—, por cada plaza de árbitro ⁽¹³⁾. En caso de renuncia, abstención, recusación aceptada o incapacitación sobrevenida, sustituirá al titular el primer suplente y a éste el segundo (art. 41.4). Si mediante las reglas indicadas no fuere posible proceder al nombramiento de los árbitros, el juez designará libremente a abogados en ejercicio, si se tratase de arbitraje de derecho; cuando los árbitros deban decidir en equidad ⁽¹⁴⁾, el juez solicitará de los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y otras Corporaciones, o a su órgano representante de carácter general, la remisión de las listas de profesionales colegiados para la libre designación de los que estime convenientes, oyendo la propuesta de las partes, o bien de entre los que éstas propongan de común acuerdo (art. 41.5).

Una vez celebrada la comparecencia y extendida el acta correspondiente, el juez dictará auto accediendo a la formalización judicial del arbitraje, que no prejuzgará la validez del convenio arbitral, no siendo susceptible de recurso algo (art. 42.2). Por otra parte, el auto denegatorio de la formalización será apelable ante la Audiencia Provincial y contra la resolución de la misma no cabrá recurso alguno y los puntos que hayan sido objeto de debate no podrán motivar en su día la declaración de nulidad a que se refiere el artículo 42.3. Señalar, por último, que sólo puede denegarse la formalización cuando el juez considere que por los documentos aportados no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes (art. 42.1).

Por último, indicar que el convenio arbitral impide que la controversia objeto del mismo sea conocida y resuelta por un órgano jurisdiccional ya que, “impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas

(13) El número de árbitros deberá ser siempre impar (art. 13) y, en todo caso, su número mínimo será de uno mientras que el número máximo carece de limitación alguna. El número vendrá determinado por las partes y si las mismas no se ponen de acuerdo al respecto, serán tres árbitros. Por otra parte, los requisitos que deben concurrir en las personas para poder actuar como árbitros en la resolución de cuestiones litigiosas son: a) ser mayor de edad y estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1); b) no ser jueces, magistrados, fiscales en activo ni ejercer funciones públicas retribuidas por arancel; c) ser abogados en ejercicio (arbitraje de derecho); d) no estar incurso en ninguna de las causas que puedan dar origen a la abstención y recusación de un juez (art. 12.3) y, por último, e) aceptar de forma expresa la designación como árbitro.

(14) La nueva Ley mantiene la distinción entre arbitraje *de derecho* y arbitraje *de equidad* (art. 4.1). En el arbitraje de derecho, los árbitros deben ser abogados en ejercicio (art. 12.2) y resolverán el litigio conforme a las normas legales vigentes en la materia, dictando un laudo motivado (art. 32.2). En el arbitraje de equidad, los árbitros no necesitan ser abogados en ejercicio —si bien nada impide que lo sean— ya que, resolverán la controversia en base a su saber y entender (art. 4.1). En todo caso, corresponderá a las partes decidir qué clase de arbitraje se llevará a cabo (art. 4.1) y si nada disponen al respecto, los árbitros resolverán en equidad (art. 4.2).

das a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente con la oportuna excepción” (art. 11.2). Podemos apreciar que el convenio produce la existencia de un efecto negativo que se concreta en la exclusión de la jurisdicción; esto es, concertado el convenio, no cabe instar una acción judicial ante los tribunales de justicia relativa a la controversia objeto del mismo. Así, el convenio, como todo contrato, debe ser cumplido por las partes y, en concreto, obliga a las mismas a estar y pasar por lo estipulado (art. 11.1) e impedirá a los jueces conocer sobre la cuestión litigiosa. Por tanto, el convenio origina la *excepción de litispendencia arbitral*; sin embargo, la cuestión no es tan simple como parece y, de esta forma, como afirma GULLÓN BALLESTEROS⁽¹⁵⁾, el artículo 11.1 habla de “cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje”, pero ello no implica que deban estar determinadas ya. En otras palabras, el origen de la excepción de litispendencia arbitral se encuentra en la existencia del propio convenio y, como ya hemos apuntado en páginas anteriores, el objeto del mismo son las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir (art. 5.1). “Ciertamente —señala este autor—, la *cuestión litigiosa* parece suponer que ésta ha nacido ya. Pero el art. 5.1 de la Ley también habla de cuestiones litigiosas, pero comprende en ellas tanto las surgidas como las que puedan surgir. No se ve la razón de exigir en el artículo 11.1 una actualidad, una concreción, y no en el art. 5.1... No hay que olvidar que en la fase en que nos encontramos, todavía no habrá comenzado el procedimiento arbitral, por lo que los árbitros no habrán podido fijar la cuestión controvertida. Si no cabe acudir al juez para ello, mantener que entonces no cabe la excepción sería establecer una diferencia entre un convenio arbitral sobre una cuestión ya surgida (que autorizaría oponer la excepción), y entre otro en que se ha pactado el arbitraje si surge la cuestión (en que no cabría la excepción)”⁽¹⁶⁾.

Ello no obstante, las partes podrán renunciar al arbitraje pactado quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción (art. 12.2)⁽¹⁷⁾.

(15) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos problemas que suscita La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en la Ley, 1989, núm. 2.214, pág. 2.

(16) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos...*, cit., pág. 2.

(17) Véase las matizaciones que sobre la renuncia al arbitraje realiza el profesor O'CALLAGHAM, X.: *El contrato...*, cit., págs. 9 y 10.

III. PROCEDIMIENTO ARBITRAL; LAUDO Y RECURSO DE ANULACIÓN

La vigente Ley no señala un procedimiento arbitral determinado, salvo el obligado respeto a los principios fundamentales y a los principios de *audiencia*, *contradicción* e *igualdad* entre las partes (art. 21.1). Por lo demás, el procedimiento a seguir lo establecen las propias partes (arts. 9.1 y 21.2) o la persona jurídica que ejecute el arbitraje (art. 21.2 en relación con el 10) y, en su defecto, los propios árbitros (art. 21) sin sujeción a plazo, salvo el de dictar laudo (art. 25).

El procedimiento se inicia una vez que los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1); esto es, la aceptación por los árbitros implica el nacimiento de los derechos y obligaciones inherentes al cargo, figurando entre estas últimas la de dar principio al procedimiento y realizar todos los trámites oportunos hasta el pronunciamiento del laudo.

La *oposición* al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus alegaciones iniciales⁽¹⁸⁾. En este punto, cabe observar que dichas circunstancias podrán ser apreciadas de oficio por los árbitros. Si los árbitros estimaran la oposición planteada sobre las circunstancias señaladas, quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la controversia sin que quepa recurso contra la decisión arbitral (art. 23.2).

Las actuaciones se realizarán en el idioma convenido y, en caso contrario, lo fijarán los árbitros que, en todo caso, deberá ser un idioma conocido por ambas partes y oficial del lugar en que se desarrolla la actividad arbitral (art. 24.2). Además, salvo que expresamente las partes en el convenio hayan fijado la sede en donde se deba desarrollar la actividad arbitral, corresponderá a los árbitros designar el lugar y también podrán determinar el lugar en el que deban realizar actuaciones concretas, con notificación de ello a las partes (art. 24.1). Finalmente, las partes podrán designar un domicilio a efecto de notificaciones; en su defecto, se entenderá como domicilio el del propio interesado o el de su representante (art. 24.3).

(18) Véase la crítica que realiza al respecto ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 157.

La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia alguna; esto es, los árbitros están obligados a impulsar de oficio el proceso arbitral (art. 22.2). Por otra parte, los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje en el tiempo a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en la vigente Ley respecto del plazo para dictar el laudo (art. 30.1). En consecuencia, los árbitros establecerán plazos preclusivos a las partes para que puedan realizar las alegaciones que consideren oportunas y pertinentes a sus intereses (art. 25.1).

El proceso arbitral puede articularse, a tenor de lo dispuesto por la Ley, en tres fases diferenciadas, a saber: alegatoria, probatoria y decisoria.

En la fase *alegatoria* los árbitros designan los plazos preclusivos a las partes para formular alegaciones. En esta fase las partes deberán formular, en su caso, la oposición al arbitraje fundándose en la falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral (art. 23.1). Si el árbitro o los árbitros aceptan la oposición queda expedita la vía judicial para la resolución de la controversia (art. 23.2), si por el contrario la desestiman, pueden reiterarse los motivos de oposición al tiempo del recurso de anulación (art. 23.2).

Finalizada la fase anterior, comienza el período *probatorio* en el que, en principio, son admisibles todo tipo de pruebas que los árbitros estimen oportunas y sean admisibles según la Ley de Enjuiciamiento Civil. Admitidas las pruebas se procederá a su práctica dentro del plazo fijado por los árbitros y para cuya realización pueden solicitar por escrito *auxilio judicial* ante el juez de primera instancia del lugar donde deba practicarse (art. 27). El auxilio judicial deberá ser solicitado en la forma prevenida en el artículo 43 de la Ley y, en este punto, el juez procederá conforme a las reglas de la Ley procesal y practicará bajo su exclusiva dirección, si así lo solicita el árbitro, la prueba, entregando testimonio de las actuaciones llevadas a cabo al solicitante de la misma; esto es, al árbitro pues nada dice la Ley sobre la posibilidad de que las partes accedan directamente al juez en solicitud de cooperación judicial. Finalmente, a pesar del silencio legal, entendemos que el árbitro deberá levantar puntual acta de las actuaciones realizadas en esta fase en orden a la constancia de las pruebas practicadas y, en su caso, futura documentación del recurso de anulación.

Por último, concluido el período probatorio, los árbitros pueden acordar oír a las partes o sus representantes (art. 29); se trata, por tanto, de una fase facultativa semejante al período de conclusiones. Tras lo cual deberán dictar el laudo arbitral.

El contenido *formal* del laudo vendrá dado por un encabezamiento (circunstancias personales de los árbitros y las partes, lugar y fecha del otorgamiento), una fundamentación fáctica (cuestión sometida al arbitraje, alegaciones y relación de las pruebas practicadas), una motivación jurídica (exigible solamente en el arbitraje de derecho), decisión final y firma de los árbitros (arts. 32 y 33.1).

El plazo para dictar el laudo es de seis meses desde que comenzó el proceso arbitral (art. 22.1) o desde que fue sustituido un componente del Colegio Arbitral (art. 18) ⁽¹⁹⁾. En todo caso, las partes, de común acuerdo, pueden prorrogar el plazo (art. 30.1) o suspender su curso (art. 31). Ahora bien, si en el plazo previsto no se dicta el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía jurisdiccional para plantear la controversia (art. 30.2). Además, en este caso puede incurrir el árbitro en responsabilidad por los daños y perjuicios, siempre que concorra dolo o culpa (art. 16.1).

El laudo se dicta por escrito (art. 32) en el idioma convenido (art. 24.2) y en el lugar fijado como sede para llevar a cabo las actuaciones arbitrales (art. 24.1). La decisión sobre el fondo contenida en el laudo, al igual que cualquier sentencia, se decidirá por mayoría de votos, dirimiendo los empates —pluralidad de árbitros— el voto de Presidente. Si no hubiere acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente (art. 34). Seguidamente, el laudo debe ir firmado por los árbitros, que podrán hacer constar en el mismo su parecer discrepante; si alguno de ellos no lo firmase, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría (art. 33.1). Una vez firmado, deberá ser protocolizado notarialmente y notificado a las partes (art. 33.2). Notificado el laudo de forma fehaciente (vía notificación notarial) las partes disponen de cinco días para solicitar aclaraciones o que se subsanen los errores materiales o de cálculo que se aprecien en el mismo (art. 36.1). En un plazo de diez días los árbitros resolverán dichas peticiones, protocolizando notarialmente su decisión y notificando la misma a las partes en forma fehaciente. Si en el plazo indicado no hubiesen resuelto las peticiones se entenderá que deniegan las mismas (art. 36.2).

El laudo resuelve la controversia con los mismos efectos que la sentencia (art. 37); esto es, el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y,

(19) En el supuesto de que exista una pluralidad de árbitros (Colegio Arbitral), las reglas para el nombramiento del Presidente del Colegio Arbitral se fijarán por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo los árbitros serán tres y el presidente 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 encomendado a una persona jurídica la designación de Presidente se realizará en conformidad con su reglamento (art. 13).

consecuentemente, contra el mismo sólo cabrá recurso de revisión en conformidad a la normativa procesal dispuesta para las sentencias firmes. La eficacia de cosa juzgada del laudo vendrá dada por el hecho de que ésta haya adquirido firmeza como consecuencia de que contra él no se ha interpuesto el recurso correspondiente (anulación) o bien porque tal recurso ha sido desestimado ⁽²⁰⁾.

Finalmente, la Ley dispone un criterio general de imposición de costas consistente en que cada parte corre con las producidas a su instancia y las comunes por mitad, salvo acuerdo de las partes (art. 35.2). En caso de que los árbitros aprecien temeridad o mala fe de alguna de las partes pueden condenar a la misma al total pago de las costas (art. 35.2).

La vigente Ley dispone la existencia de un único recurso de anulación del laudo arbitral que ha venido a sustituir los antiguos recursos de casación y nulidad. El órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de anulación del laudo es la Audiencia Provincial del lugar donde hubiera sido dictado el laudo (art. 46.1) y, por tanto, desaparece la competencia hasta ahora atribuida a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por otra parte, a diferencia del proceso arbitral, será preceptiva en la tramitación de este recurso la intervención de abogado y procurador (art. 51).

El recurso de anulación podrá fundamentarse en los siguientes motivos: 1) cuando el convenio fuese nulo; 2) cuando el nombramiento de los árbitros y el desarrollo de la actuación arbitral no haya sido conforme a 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, y, por último, 5) cuando el laudo fuese contrario al orden público.

Este recurso se inicia mediante la interposición de un escrito motivado ante la Audiencia Provincial dentro del plazo legalmente establecido para ello. En el escrito debe constar de forma clara los motivos de anulación, invocando los fundamentos en que se apoyan, y la proposición de prueba. Además, deben acompañar al escrito los documentos justificativos del convenio y laudo arbitrales (art. 47.1). En todo caso, la Sala dispondrá los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no hubiere podido obtenerlas (art. 47.2). Interpuesto el recurso, las demás partes podrán impugnarlo dentro de los veinte días desde

(20) Véase la crítica que sobre este punto realiza CREMADES, B.: *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, en *La Ley*, 1989, núm., 2.197, pág. 4.

el traslado de la copia del mismo, proponiendo, si fueren necesarias, las pruebas pertinentes (art. 48.1). Realizada la oposición al recurso, o transcurrido el plazo para la misma, se abre la fase probatoria, quedando las pruebas propuestas por ambas partes al control discrecional de la Audiencia Provincial. Las pruebas deberán practicarse en el plazo máximo de veinte días (art. 48.2).

Finalizado el período probatorio, dentro de seis días, las partes podrán solicitar vista pública y la Sala accederá a ella dentro de los dos días siguientes, si al menos una parte la solicitase (art. 49.1). La Ley guarda silencio en torno al plazo de celebración de la vista, así como de los requisitos que deben concurrir en la misma, por lo que la fecha de celebración quedará a discreción de la Sala, tramitándose en conformidad a las reglas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Terminada la práctica de las pruebas, o en su caso, celebrada la vista pública, la Audiencia Provincial dictará sentencia en el plazo de diez días (art. 49.2) contra la que no cabrá ulterior recurso.

El contenido de la sentencia vendrá determinado por la confirmación o anulación del laudo, por un lado, o por la confirmación o anulación de carácter parcial en los supuestos de extralimitación, por otro. En caso de anulación, total o parcial, queda expedita la vía judicial para resolver la controversia objeto del laudo. Si la Audiencia Provincial confirma el laudo éste deviene firme y podrá ejecutarse de forma forzosa.

Por último, cabe señalar que, a tenor del artículo 37, el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada y, por tanto, contra el mismo cabrá el recurso de revisión, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

IV. EJECUCIÓN DEL LAUDO

La ejecución del laudo arbitral puede realizarse de forma voluntaria por las partes o, en su defecto, podrá llevarse a cabo mediante su ejecución forzosa ante el juez de primera instancia del lugar en donde haya sido dictado; esto es, el laudo arbitral una vez ha adquirido firmeza, por no haber sido recurrido en el plazo legal o por haber sido confirmado por la Audiencia Provincial, es susceptible de ser ejecutado por las partes o de modo forzoso cuando una de ellas no se aviene a cumplir con la obligación de estar y pasar por la decisión dictada por los árbitros (art. 11.1).

El laudo arbitral es eficaz desde la notificación a las partes y la ejecución forzosa del mismo deberá solicitarse mediante escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado, tramitándose en conformidad a las reglas previstas para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades de los artículos 54 y siguientes de la Ley de Arbitraje (art. 53). Por tanto, la ejecución forzosa del laudo corresponde a los órganos jurisdiccionales y no a los árbitros, detentadores estos últimos de *auctoritas* pero carentes de *potestad* para ejecutar.

Al escrito solicitando la ejecución se deben acompañar de forma necesaria copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación a las partes y del convenio arbitral (art. 54.1). Se acompañará igualmente, en su caso, testimonio de la resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial del recurso de anulación (art. 54.2).

El juez dará traslado de la petición de ejecución y de los documentos presentados a la otra parte, quien, en el plazo de cuatro días, podrá alegar la pendencia del recurso de anulación regulado en el Título VII de la Ley, siempre que se acredite documentalmente con el escrito de oposición, en cuyo caso el juez dictará sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recaiga resolución de la Audiencia, o la anulación judicial del laudo, acreditada mediante testimonio de la sentencia a que se refiere el artículo 49.2 de la Ley, en cuyo caso, el juez dictará auto denegando la ejecución (art. 55.1). Seguidamente, el apartado segundo del artículo 55, impone al juez el despacho de ejecución si la oposición del ejecutado no tiene su fundamento en alguna de las causas tasadas contenidas en el apartado primero de este mismo precepto; esto es, pendencia del recurso de anulación y denegación de la ejecución. Sin embargo, señala ORTIZ NAVACERRADA “que la terminante exclusión por el art. 55.2 de toda otra causa de denegación de la ejecución por el juez resulta excesiva: no puede éste poner su poder ejecutor al servicio de un lado contrario al orden público o radicalmente nulo por referirse a materias excluidas del arbitraje conforme al art. 2. No ya la excitación de parte, sino su propio conocimiento oficial, han de bastar para una denegación fundada: si el artículo 44 prevé el rechazo por el juez de la práctica de pruebas contrarias a Ley, encomendadas por el árbitro en vía de auxilio, con mayor razón ha de defenderse la procedencia del rechazo, no expresamente previsto, en los supuestos contemplados”⁽²¹⁾.

(21) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 165.

Por otra parte, una vez apuntada la ejecución forzosa de los laudos firmes, cabe señalar una breve referencia a si cabe o no la ejecución *provisional* del laudo durante la sustanciación del recurso de anulación. La doctrina no es pacífica sobre este extremo y, de esta forma, mientras un sector doctrinal sostiene la ejecución provisional discrecional del laudo por el juez de primera instancia, exigiendo para ello las cauciones que considere oportunas y convenientes al ejecutante⁽²²⁾, otro sector sostiene que la vigente Ley excluye tal posibilidad⁽²³⁾. A nuestro juicio, partícipes de esta última postura, entendemos la no viabilidad de la ejecución provisional del laudo por varias razones ya que, al contrario que la derogada Ley de 1953, la vigente normativa excluye de forma intencionada dicha posibilidad. En este sentido, como afirma ORTIZ NAVACERRADA, la remisión del artículo 53 a los trámites de ejecución de sentencias firmes no es suficiente para deducir aplicables al laudo las reglas de los artículos 385 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a sentencias y autos definitivos pero no firmes.

En el artículo 50 se recoge una serie de medidas cautelares que pueden postularse cuando el laudo es recurrido. Son competentes para conocer de las mismas el Juez de Primera Instancia del lugar en que se sigue el proceso arbitral y se ha dictado el laudo. La solicitud de las referidas medidas deberá formularse mediante escrito acompañado de copia del laudo y el juez resolverá en el plazo de tres días, previa comparecencia de las partes, señalando los afianzamientos que considere oportunos en el auto que dicte autorizando la adopción de las medidas, que no será susceptible de recurso. Las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación.

Por último, el Título IX de la Ley viene referido a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y, de esta forma, la vigente normativa prevé el reconocimiento, que se atribuye al Tribunal Supremo, y la ejecución, que se atribuye a los Jueces de Primera Instancia, de los laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y de los cuales ya están haciendo uso los tribunales patrios.

El laudo extranjero o laudo no pronunciado en España (art. 56.2) se ejecuta en nuestro país en conformidad a los tratados internacionales y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la vigente Ley de Arbitraje (art. 56.1).

(22) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje...*, cit., pág. 526.

(23) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 165.

Dicha ejecución deberá ser solicitada ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por cualquiera de las partes (art. 57).

La ejecución del laudo se llevará a cabo según las prescripciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (art. 58.1).

La Sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la vigente Ley española, no son susceptibles de arbitraje. También es posible la denegación, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, cuando:

- a) El convenio arbitral sea nulo conforme a la Ley que resulte aplicable.
- b) En el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales dispuestos por la Ley aplicable.
- c) Los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

En definitiva, podemos concluir señalando que la regulación llevada a cabo por la nueva Ley sobre la ejecución del laudo se encuentra subyugada a una serie de condicionamientos menos rigurosos que los previstos para las sentencias extranjeras.

V. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En los artículos 60 a 63 trata la nueva Ley de las normas de Derecho internacional privado, relativas a la capacidad para otorgar el convenio arbitral, a la validez y los efectos de éste y a la Ley aplicable para decidir el fondo de la cuestión litigiosa, cuando se trate de un arbitraje de derecho. En este sentido, según la Exposición de Motivos, se ha mantenido el criterio, ya presente en el artículo 10.5 del Código Civil, de exigir algún grado de conexión entre la ley aplicable y la controversia objeto de arbitraje, a fin de evitar que por la vía del arbitraje se produzca lo que se ha dado en llamar la fuga del Derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales. Por tanto, los artículos 60 a 63 de la vigente Ley de Arbitraje se configuran como un complemento

de las normas de Derecho internacional privado contenidas en los artículos 8 a 11 del Código Civil, que no regulan de forma expresa la norma de conflicto aplicable a los convenios arbitrales entre español y extranjero. Además, en todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil (arts. 11 y 12) respecto del convenio, procedimiento y laudo arbitral (art. 63); esto es, los citados preceptos del Código Civil actuarán como normas complementarias de las expresamente dispuestas en la Ley de Arbitraje.

En cuanto a la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva *ley personal* para disponer en la materia objeto de litigio (art. 60). Para la validez del convenio arbitral y sus efectos dispone el artículo 61 un orden sucesivo de fueros, a saber: la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, la ley aplicable a la relación de la que se derive la controversia; en su defecto, la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, por último, si éste no estuviere determinado, la ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

Finalmente, a tenor del artículo 62, en el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, por último, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma.