

JUAN FERNANDEZ- ARMESTO

El arbitraje internacional en la nueva  
ley de arbitraje española

Publicado en la Revista de Derecho Mercantil  
Núm. 258, octubre-diciembre de 2005

MADRID  
2005

DEPOSITO LEGAL.—SEP. M. 1948 - 1958

---

GRÁFICAS AGUIRRE CAMPANO - DAGANZO, 15 DPDO. - MADRID

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA

POR

JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas - ICADE

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. *Panorámica general:* A) **Función del arbitraje internacional;** B) **La progresiva aceptación del arbitraje internacional;** 1.2. *Diferenciación entre arbitraje interno e internacional:* A) **Domicilio de las partes;** B) **Lugar de arbitraje;** C) **Relación jurídica internacional;** 1.3. *Diferenciación entre arbitraje con sede en España y con sede en el extranjero.*—2. FUENTES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL: 2.1. *Tratados internacionales:* A) **Los tratados ginebrinos;** B) **El Convenio de Nueva York;** C) **El Convenio Europeo sobre Arbitraje;** D) **Convenios bilaterales;** 2.2. *La Ley de Arbitraje:* A) **Aplicación territorial de la Ley de Arbitraje: arbitrajes internacionales con sede en España;** B) **Aplicación de la Ley de Arbitraje a arbitrajes internacionales con sede en el extranjero.**—3. EL CONVENIO ARBITRAL: 3.1. *Normativa aplicable al convenio arbitral;* 3.2. *La capacidad y representación de las partes:* A) **Arbitrajes con Estados o empresas públicas;** B) **Alegación de falta de capacidad o representación por empresa privada;** 3.3. *Efectos del convenio arbitral:* A) **Efectos positivos;** B) **Efectos negativos.**—4. LA ARBITRALIDAD DE LAS CONTROVERSIAS.—5. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA: 5.1. *Elección por las partes de las normas jurídicas aplicables al fondo:* A) **Ordenamiento jurídico;** B) **Reglas comunes al comercio internacional;** C) **Decisión en equidad;** 5.1. *Elección por los árbitros de las normas jurídicas aplicables al fondo;* 5.3. *Las estipulaciones del contrato y los usos aplicables.*—6. EL PROCEDIMIENTO: 6.1. *Ley aplicable al procedimiento;* 6.2. *Especialidades procesales del arbitraje internacional:* A) **La designación de los árbitros;** B) **Duración del procedimiento;** C) **Plazos para pedir la corrección del laudo.**

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. *Panorámica general*

#### A) **Función del arbitraje internacional**

Las últimas décadas han estado marcadas por un vertiginoso incremento del comercio y de las relaciones económicas internacionales. Una de las características sorprendentes de este proceso es que la globalización de la economía no ha estado acompañada de una globalización de la justicia. Sigue sin existir una vía judicial internacional para resolver las desavenencias entre empresarios de diferentes países. No hay posibilidad de litigar ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya, pues la legitimación está reservada a los Estados (1).

Los privados únicamente pueden litigar ante tribunales nacionales, bien el de una de las partes o bien el de un tercer país neutral. Ninguna de estas alternativas es especialmente atractiva: elegir la judicatura de una de las partes pondrá a una en desventaja frente a la otra; elegir la jurisdicción de un tercer país neutral, enfrentará a ambas a un riesgo: el juez local no tendrá incentivo alguno en resolver una contienda en la que no está involucrado ningún nacional.

La vía judicial no solo plantea problemas de imparcialidad o de eficiencia. Dictada la sentencia judicial firme —lo que inevitablemente exigirá pasar por el proceso de recursos que la jurisdicción tenga establecidos— ésta solo podrá ser ejecutada con facilidad en el país en el que haya sido dictada. En cualquier otro país la ejecución exigirá el *exequátur* de la jurisdicción nacional. Los niveles de unificación internacional en esta materia son muy limitados (2). Solo existen tratados que faciliten el reconocimiento de las sentencias extranjeras dentro de ámbitos geográficos limitados. Por regla general, el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada en el

(1) Art. 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

(2) Como, p.e., dentro de la Unión Europea, en materia civil y mercantil, en virtud del Reglamento 44/2001.

extranjero se tendrá que realizar sometiéndose a las normas procesales internas del país de la parte condenada (pues allí será donde, por regla general, existan bienes embargables); y en muchos países, la normativa tiene un marcado carácter proteccionista y dificulta enormemente que sentencias extranjeras puedan llegar a tener fuerza coercitiva contra el deudor local.

El arbitraje internacional viene a cubrir el vacío creado por la inexistencia de un sistema judicial internacional, que sea capaz de dirimir —con imparcialidad y eficiencia— las contiendas entre empresarios situados en diferentes países.

El arbitraje es imparcial porque el lugar, el lenguaje, el derecho aplicable y las características del proceso y de los árbitros son neutrales, al haber sido libremente elegidos por las partes (3).

El arbitraje no solo es imparcial, sino también es eficaz: una vez dictado el laudo por los árbitros, su decisión en cuanto al fondo no puede ser objeto de recurso ni ante otra instancia arbitral, ni ante ninguna jurisdicción nacional (4). Pero no solo es eso: mientras que no existe un Tratado internacional que de forma general facilite el *exequátur* de sentencias judiciales, sí existe uno para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. Se trata del Convenio de Nueva York (5), un tratado internacional que ha sido descrito como “*la piedra angular*” del arbitraje internacional. En su virtud, un laudo arbitral internacional puede ser ejecutado en cualquiera de los 135 países signatarios (6), sin que el poder judicial nacional pueda revisar el fondo de la decisión.

El arbitraje internacional viene constituyendo pues un sistema imparcial y eficaz para que los empresarios resuelvan

(3) Esto supone que ambas parte tengan un poder de negociación análogo —requisito que se cumple en la contratación entre empresarios, pero no entre consumidores y empresarios. Por eso, el arbitraje comercial internacional no es una institución apropiada para resolver conflictos con consumidores.

(4) Al menos en todos los países que hayan adoptado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en lo sucesivo “LM” —cfr. su art. 34.

(5) De 10 de junio de 1958; instrumento de adhesión español de 29 de abril de 1977, en lo sucesivo “CNY”.

(6) Entre los países adheridos están prácticamente todos los que tienen peso económico significativo, salvo Pakistán, Irán e Irak; chequear la lista en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

sus disputas supranacionales, surgidas de contratos de comercio o de inversión. El propio Tribunal Supremo ha certificado “el éxito [del arbitraje internacional], debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y lentitud de las jurisdicciones estatales” (7).

Este éxito ha llevado a que este mismo método de solución de conflictos se haya extendido progresivamente a nuevos tipos de conflictos.

En primer lugar, una extensión natural fue la sumisión al arbitraje de conflictos entre empresarios extranjeros y empresas públicas de otro país, e incluso a conflictos de naturaleza contractual con el propio Estado (8).

Más recientemente, el ámbito del arbitraje se ha extendido, para resolver conflictos entre inversores extranjeros y Estados receptores de la inversión. Este tipo de arbitraje se hizo posible gracias al Convenio de Washington (9) y a más de 2.000 Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (10) suscritos entre países exportadores y receptores de capital. En un arbitraje de inversión el demandante es siempre un inversor extranjero y el demandado el Estado receptor de la inversión —sin que tenga que existir relación contractual entre uno y otro. Las causas de reclamación se circunscriben al trato injusto o inequitativo, a la expropiación y a otros perjuicios semejantes, definidos en el APRI correspondiente, y que el inversor extranjero alega haber sufrido como consecuencia de la actuación del Estado. Los Estados han preferido que este tipo de disputas, de carácter público y sin naturaleza contractual, sean dirimidas a través de auténticos arbitrajes internacionales —y no mediante procesos judiciales ante una juris-

(7) STS 23-VII-2001 (Ref. *La Ley*, 8359/2001); con comentario de Fernández-Armesto/Bergel, en *La Ley*, 15-IV-2002, pág. 1.

(8) En el 11% de los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional durante 2003, una de las partes tenía naturaleza estatal.

(9) De 18 de marzo de 1965, instrumento de ratificación de 20 de julio de 1994, en lo sucesivo “CW”.

(10) El acrónimo en inglés, muy utilizado en la práctica, es BIT (“*Bilateral Investment Treaty*”).

dicción nacional o internacional. Y los inversores internacionales que se sienten perjudicados o discriminados están buscando justicia, en número creciente, a través de estos procedimientos, normalmente administrados por el CIADI, el centro de arbitraje creado en el seno del Banco Mundial (11).

El comercio internacional y la inversión extranjera —motores de la creación de riqueza a nivel mundial— no pueden crecer sin seguridad jurídica. Y para bien o para mal el único instrumento jurídico que *hic et nunc* puede colmar esa necesidad es precisamente el arbitraje internacional. Es el único método conocido que permite que conflictos comerciales o de inversión, entre empresarios o entre inversores y Estados, puedan ser resueltos en un proceso razonablemente breve e institucionalmente imparcial, que desemboque en un laudo, inatacable en cuanto al fondo y fácilmente ejecutable en multitud de países (y en especial en el de la parte perdedora).

## B) La progresiva aceptación del arbitraje internacional

El arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad: el Estado respeta la decisión, libremente pactada entre particulares, de dirimir sus disputas, no a través de los tribunales —el servicio público de resolución de conflictos— sino a través de un procedimiento convenido de naturaleza privada. Por eso, existe una intensa correlación entre democracia y arbitraje: a mayor democracia, mayor respeto a la libertad del ciudadano y mayor apoyo a la fuerza y eficacia del pacto arbitral. Y en el caso del arbitraje internacional, se añade una segunda correlación: a mayor apertura al comercio internacional y a la inversión extranjera, mayor aceptación y más fiel aplicación de los Tratados en que se fundamenta su eficacia.

España es un magnífico ejemplo de estas correlaciones. La Ley de Arbitraje de 1953 (12), de rancio sabor autoritario y

(11) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. CIADI ha administrado más de 200 arbitrajes. [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)

(12) Ley de 22 de diciembre de 1953; para un detallado análisis de la historia cfr. VERDERA TUELLS: “*La Ley*, 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje entre tradición e innovación” (2005), pág. 25.

autárquico, simplemente desconocía la institución del arbitraje internacional. La doctrina y la jurisprudencia lo veían con gran desconfianza. D. Federico de Castro llegó a escribir un artículo extraordinariamente crítico en contra del arbitraje internacional (13), advirtiendo que generaría una “*fuga de derecho*”, en beneficio de las multinacionales y en perjuicio de los más débiles.

Instaurada la democracia, España se incorporó en 1977 al Convenio de Nueva York (¡20 años después de su firma!). Pero no fue hasta 1981 cuando el Tribunal Supremo realmente interiorizó su espíritu. Hasta entonces, la simple rebeldía interesada de la parte española, demandada en un arbitraje internacional, evitaba que se otorgara el exequátur español a un laudo condenatorio. Fue un famoso Auto de 11 de febrero de dicho año el que finalmente abrió el camino a que todos los laudos extranjeros se pudieran ejecutar en España.

La Ley de Arbitraje de 1988 (14) constituyó la primera ley interna que regulaba, aunque fuera de forma no demasiado feliz, el arbitraje con elementos internacionales. La Ley de Arbitraje 1988 dedicaba su Título IX a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y el X a las “*normas de derecho internacional privado*”. Pero la Ley de Arbitraje 1988 no regulaba expresamente el arbitraje internacional. Sobre todo, en la Ley de Arbitraje 1988 no quedaba claro si al arbitraje internacional celebrado en España se le debía aplicar o no la regulación del arbitraje interno. Inicialmente, la jurisprudencia dio contestación afirmativa a esta duda, promulgando una serie de decisiones muy desafortunadas, que aun mostraban la supervivencia de reflejos formalistas, incompatibles con la esencia del arbitraje internacional (15). No fue hasta la importante Sentencia del Tribunal Supremo 23-VII-2001 (16) cuan-

(13) DE CASTRO Y BRAVO: “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, en *ADC*, 1979, pág. 619.

(14) Ley 36/1988, de 5 de diciembre, “LA 1988”.

(15) La STS 18-II-1993 (Ref. La Ley 15282/1993) declaró la nulidad de una cláusula de sumisión a arbitraje de la Cámara de Comercio y Navegación de la URSS por no incluir una renuncia clara y terminante al fuero español. La STS 28-III-1994 (Ref. La Ley 13830/1994) anuló un laudo dictado en el seno de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, argumentando que no había sido debidamente protocolizado, tal como exigía el art. 33.2. LA 1988.

(16) Ver n. 7.

do se produjo un vuelco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el Alto Tribunal que la Ley de Arbitraje 1988, y sus múltiples requisitos específicos, no se debían aplicar al arbitraje internacional (excepto en sus Títulos IX y X), y que éste se regía en lo fundamental por los Tratados internacionales suscritos por España.

En paralelo a esta progresiva aceptación del arbitraje internacional comercial, en 1994 se produjo finalmente —tras largas reticencias políticas— la incorporación de España al Convenio de Washington (de 1965) y con ello al sistema de arbitraje de inversión del Banco Mundial.

El desarrollo legislativo español muestra pues cómo, a medida que España se democratiza y se incrementa el respeto a las libertades individuales, y a medida que la economía española se abre al comercio internacional y pasa de ser una economía receptora de inversión a una exportadora de capitales, se producen sucesivas reformas legislativas y un cambio de mentalidad en la Justicia. No basta con que el legislador formalmente se adhiera a los instrumentos normativos internacionales. Es aun más importante que los Tribunales realicen correctamente el *enforcement* de ese acervo legislativo y abandonen la cultura de desconfianza, formalismo y protección del ciudadano nacional. Solo así se reducen los costes de transacción para comerciar con el país o invertir en él, sólo así se sientan las bases para fomentar el comercio exterior y la inversión extranjera y con ello las posibilidades de generar riqueza.

La Ley de Arbitraje de 2003 (17) representa el último eslabón en la aceptación del arbitraje internacional.

Como es sabido, la nueva Ley de Arbitraje está basada en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL (18). Pero es más: la Ley de Arbitraje asume este modelo regulatorio, pensado en sus orígenes para el arbitraje comercial internacional, y lo extiende al arbitraje nacional, tanto comercial como incluso civil.

La Ley de Arbitraje 2003 rompe con el histórico modelo de regulación dualista: ya no existe una normativa específica para el arbitraje interno y otra para el arbitraje interna-

(17) Ley 60/2003 de 23 de diciembre, “LA”.

(18) La Exposición de Motivos (“EdM”) de la LA declara que la LM ha sido “su principal criterio inspirador”.

cional. La Ley de Arbitraje 2003 se declara monista: siempre que el lugar del arbitraje sea España, la ley se aplica a todos los arbitrajes, sean éstos de carácter interno o internacional. Así lo declara expresamente el artículo 1. Y lo que es más sorprendente es que esa normativa está inspirada en un modelo legislativo internacional, pensado originariamente para el arbitraje comercial internacional y que por ello “no responde ... plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento” (19). A pesar de ello, el legislador lo impone a todo tipo de arbitrajes, por entender que el esquema internacional de la Ley Modelo es el que ofrece más “ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos” (20).

De esta forma se ha producido, en menos de 25 años, un cambio de paradigma en la aceptación del arbitraje internacional en España. Hace un cuarto de siglo, la legislación desconocía los arbitrajes internacionales. La doctrina más cualificada advertía, desde una concepción nacionalista del Derecho, de los riesgos de su aceptación. Los Tribunales se negaban sistemáticamente a ejecutar los laudos dictados en el extranjero. El vuelco no ha podido ser más dramático: no solo es que España ha ratificado, sin reservas, todos los Tratados internacionales, no solo es que el Tribunal Supremo alaba el “éxito” y las “eficaces técnicas” del arbitraje internacional y lo apoya sin ambages, sino que el legislador ha adoptado el modelo legislativo del arbitraje internacional, la Ley Modelo de CNUDMI, y lo ha convertido en el patrón por el que se regulan todos los arbitrajes internos (¡incluso los no comerciales!).

### 1.2. Diferenciación entre arbitraje interno e internacional

La Ley de Arbitraje 2003 contiene, en su artículo 1.3 una cuidada definición de qué ha de entenderse por arbitraje internacional. ¿Realmente hace falta? La necesidad de defini-

(19) I, IV EdM LA.

(20) I, VI EdM LA.

ción se explica en un sistema dualista, como el diseñado por la Ley Modelo de CNUDMI, en el que la regulación es diferente, según el arbitraje sea interno o internacional. En un sistema monista puro, en el que la normativa aplicable sea siempre la misma (como el que quiere instaurar la Ley de Arbitraje 2003) en realidad no hace falta acuñar un concepto de “arbitraje internacional”. Así ocurre por ejemplo en la nueva ley de arbitraje alemana (21).

La solución adoptada por la Ley de Arbitraje sin embargo es diferente. Aunque su concepción del arbitraje es esencialmente monista, y su normativa se aplica a todos los arbitrajes localizados en España, la Ley incluye una definición de arbitraje internacional, estrechamente influenciada por la Ley Modelo (y por el Derecho francés, de carácter dualista como la propia LM). ¿Por qué? La razón estriba en que existen ciertas materias, algunas de importancia (como, p.e., el sistema de fuentes), en las que la Ley de Arbitraje introduce significativas distinciones entre arbitraje interno e internacional.

El artículo 3.1 Ley de Arbitraje es el encargado de definir en qué casos el arbitraje tendrá carácter internacional; lo tendrá siempre que concorra una cualquiera de las tres siguientes circunstancias, que tienen carácter alternativo:

#### A) Domicilio de las partes

El primer criterio de internacionalidad exige que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. El criterio —que es el domicilio, no la nacionalidad (22)— está claramente inspirado por artículo 1.3.a) Ley Modelo, con la única diferencia que la Ley Modelo usa el concepto “establecimiento”, y la Ley de Arbitraje “domicilio”.

La primera duda que se plantea es qué ha de entenderse por domicilio. La Ley de Arbitraje no lo define, y por lo tanto habrá que acudir a la normativa general. Para las personas

(21) § 1025 ZPO, que entró en vigor el 1 de enero de 1998.

(22) A diferencia de lo que ocurre, p.e., en el art. 1 del Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, ratificado por RDL de 6 de mayo de 1926.

naturales, el artículo 40 C.c. no deja duda: se trata del lugar de residencia habitual. En el caso de personas jurídicas, la cuestión viene determinada por la ley que permita su creación (art. 41 C.c.). En el caso de las Sociedades Anónimas, el domicilio será el centro de su efectiva administración y dirección o, a elección de la propia Sociedad, aquél en que radique su principal establecimiento (art. 6.1. LSA). La regla es idéntica para las Sociedades Limitadas (art. 7.1. LSL) y análoga para las Sociedades Cooperativas (art. 3 L. Coop.). En todo caso el domicilio debe constar en los estatutos y en la inscripción registral de la sociedad.

Nótese que para que este criterio encuentre aplicación, no es suficiente que los establecimientos o sucursales de las partes estén localizados en Estados diferentes —el criterio relevante es el domicilio. Así un arbitraje entre una empresa española y otra andorrana será internacional, mientras que otro entre dos sucursales en Turquía de sendas sociedades españolas no lo sería (no lo sería al menos bajo este criterio es más que probable que la internacionalidad viniera por aplicación de alguno de los restantes criterios alternativos).

El artículo 3.2. Ley de Arbitraje ofrece dos reglas adicionales para clarificar el concepto de domicilio. Establece que si una de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual. Este artículo es una traslación literal del artículo 1.4. Ley Modelo, solo cambiando el término “establecimiento” por “domicilio”. En la Ley Modelo, el artículo tiene mucho sentido. Una empresa puede tener varios establecimientos, o puede no tener ninguno. El mismo criterio, aplicado al domicilio, carece de sentido —al menos en Derecho español. Una persona jurídica española necesariamente tendrá un solo domicilio, fijado en sus estatutos e inscrito en el registro correspondiente. Y una persona física española necesariamente tiene su domicilio allí donde radique su residencia habitual (art. 40 C.c.). Las reglas del artículo 3.2. Ley de Arbitraje solo encontrarán aplicación con respecto a partes extranjeras, cuya normativa permita el supuesto fáctico que el artículo disciplina.

## B) Lugar del arbitraje

El segundo criterio de internacionalidad radica en que, aun teniendo ambas partes el domicilio en el mismo Estado, el lugar del arbitraje, “*determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste*” se encuentre situado en un Estado diferente (art. 3.1.b) LA). La Ley de Arbitraje utiliza la expresión “*lugar del arbitraje*”, manteniendo la misma terminología que ya utilizaba la Ley de Arbitraje 1988 (23); lugar del arbitraje y sede del arbitraje (24) son sinónimos.

El lugar del arbitraje puede resultar de pacto expreso inserto en el convenio arbitral. La Ley deja pues plena libertad a las partes para que, aun estando ambas domiciliadas en el mismo Estado, y aun siendo la controversia de marcado carácter interno, por el simple hecho de convenir que el arbitraje se celebrará en un tercer Estado, éste tenga carácter internacional.

¿*Quid* sin embargo si el convenio arbitral guarda silencio sobre la sede arbitral? En este caso aun cabe distinguir dos supuestos: (i) que las partes hayan pactado que el arbitraje sea administrado, y el Reglamento de la institución prevea que sea ella misma la que determine el lugar (25); o (ii) que no se haya pactado un arbitraje institucional, o que habiéndose pactado este tipo de arbitraje, el Reglamento al que las partes se han sometido, no autorice a la institución a fijar la sede; en estos últimos supuestos, la determinación del lugar del arbitraje tiene que ser adoptada por los propios árbitros (art. 26.1. LA).

En mi opinión, en todos estos casos, cuando la institución administradora o los árbitros fijan la sede del arbitraje en un Estado diferente del domicilio común a ambas partes, están dotando de carácter internacional al arbitraje, pues el lugar

(23) Cfr. art. 24 LA 1988; el art. 2 del Protocolo de Ginebra también utiliza el concepto “*lugar de arbitraje*”.

(24) Concepto más frecuente en la práctica internacional, utilizado, p.e., por el art. 14 Reglamento CCI.

(25) Como, p.e., establece el art. 14.1. Reglamento CCI; la validez de este artículo está refrendada por el art. 4 a) LA.

del arbitraje se habrá fijado “*con arreglo al convenio arbitral*”, tal como exige el artículo 3.1.b) Ley de Arbitraje: en el caso de la determinación institucional, porque la institución actúa por autorización explícita de las partes (que se sometieron a su Reglamento), y en el de determinación arbitral, porque los árbitros ejercen una autorización implícita de las partes (la ausencia de acuerdo conlleva un apoderamiento *ex lege* a favor de los árbitros) (26).

### C) Relación jurídica internacional

También es internacional el arbitraje si, aun estando ambas partes domiciliadas en el mismo Estado y el lugar del arbitraje localizado en ese mismo Estado, la relación jurídica de la que dimana la controversia tiene naturaleza internacional, por reunir alguno de los tres requisitos:

- porque una parte sustancial de las obligaciones, que surgen de esa relación jurídica, se tiene que cumplir en un tercer Estado (Ej.: arbitraje entre dos empresas constructoras españolas, lugar del arbitraje Madrid, lugar de realización de la obra Libia) (art. 3.1.b) LA), o
- porque la controversia tiene una relación más estrecha con un tercer Estado (p.e., por tratarse de una controversia que afecta a un inmueble situado en ese tercer Estado) (art. 3.1.b), o finalmente
- porque la relación jurídica afecta a intereses del comercio internacional (art. 3.1.c).

De los tres criterios de internacionalidad enunciados por la Ley de Arbitraje, el más conflictivo quizá sea el último: la afectación del comercio internacional. En este punto, la Ley de Arbitraje se ha separado de la propuesta de la Ley Modelo. En su artículo 1.3. c) la Ley Modelo simplemente permite que las

(26) Contra: ESPLUGUES MOTA, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Barona Vilar, Coordinadora) (2004), pág. 159.

partes pacten el carácter internacional del arbitraje. La Ley de Arbitraje, sin embargo, no ha acogido este criterio, probablemente porque entiende que si las partes desean pactar la internacionalidad, ya tienen la alternativa de fijar el lugar del arbitraje en un tercer Estado. Lo que la Ley de Arbitraje ha hecho es copiar literalmente el criterio de internacionalidad de la Ley de Arbitraje francesa (27). Con una importante diferencia: en la norma francesa, el criterio de afectación del comercio internacional es el único existente, mientras que en el sistema español es el último.

Dado que el legislador español ha copiado una norma francesa, parece razonable asumir como válida la interpretación dada por la jurisprudencia del país de origen. El criterio francés de interpretación judicial es marcadamente economicista: el comercio internacional se ve afectado, si la relación jurídica de la que deriva la controversia afecta a la economía de dos Estados, es decir conlleva la transferencia de bienes, servicios o fondos a través de fronteras nacionales (28). No son relevantes, en cambio, elementos internacionales de naturaleza jurídica, como por ejemplo la nacionalidad de los accionistas de las partes o la naturaleza internacional de la institución administradora. Parece razonable aceptar estos mismos criterios para interpretar el artículo 3.1. c) Ley de Arbitraje (29).

### 1.3. Diferenciación entre arbitraje con sede en España y con sede en el extranjero

La Ley de Arbitraje no solo diferencia entre arbitraje interno e internacional, sino también entre arbitraje, cuyo lugar

(27) Art. 1492 CPC: *Un arbitraje es internacional cuando éste afecte los intereses del comercio internacional.*

(28) FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN: *International commercial arbitration* (1999), pág. 58, citando múltiples sentencias de la Corte de Apelación de París, refrendadas en 1997 por una sentencia de la Corte de Casación.

(29) En consecuencia, un arbitraje entre dos empresas españolas, con sede en La Coruña, cuyo objeto sea un pacto parasocial de otra sociedad española, será interno, aunque los accionistas de las dos partes sean extranjeros, la institución administradora sea la CCI y el idioma sea el alemán; bastará sin embargo, con cambiar el domicilio de cualquiera de las partes, de la sociedad objetivo o el lugar del arbitraje, o incluir en el objeto de la litis una importación o exportación para que adquiera carácter internacional.



se encuentre en España y arbitraje cuya sede se halle en el extranjero. Todo arbitraje cuya sede se encuentre en el extranjero será adicionalmente un arbitraje internacional (art. 3.1 b) LA). Los arbitrajes con sede en España serán, según los casos, internos o internacionales. El criterio de la sede es estrictamente jurídico: es el lugar pactado por las partes, y en ausencia de pacto, el fijado por la institución arbitral, o por los propios árbitros (arts. 4 a) y 26 LA) —las vistas, actuaciones y deliberaciones *de facto* pueden tener lugar en otro sitio, aunque el laudo siempre se entenderá promulgado en la sede (30).

La sede ejerce una gran influencia sobre el desarrollo jurídico del arbitraje: el procedimiento arbitral se rige subsidiariamente por la ley arbitral procesal de la sede, y su jurisdicción es el lugar natural para ejercer las acciones de nulidad contra el laudo (art. V.1.e) CNY). Además, los arbitrajes con sede en el extranjero finalizan con la promulgación de laudos extranjeros (según el art. 46 LA, “*se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español*”) (31), y éstos, para ser reconocidos y ejecutados en España, deben obtener el *exequátur*, de acuerdo con el Convenio de Nueva York. El criterio delimitador para la aplicación del Convenio de Nueva York no es por lo tanto que el laudo sea internacional, por poner fin a un arbitraje internacional, sino que el laudo sea extranjero, al ser dictado en un procedimiento cuya sede está fuera de España.

## 2. FUENTES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Las fuentes legales del arbitraje internacional están constituidas por los tratados internacionales ratificados por España (2.1.) y por la propia Ley de Arbitraje (2.2.).

(30) Previa consulta con las partes y salvo acuerdo contraria de ambas, los árbitros pueden celebrar las reuniones en cualquier lugar geográfico que estimen apropiado (art. 26.2 LA).

(31) Para un análisis extenso de este artículo, cfr. GONZÁLEZ SORIA: “Comentario al art. 46”, en AAVV: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (Coordinador González Soria) (2004), pág. 499.

### 2.1. Tratados internacionales

#### A) Los tratados ginebrinos

La práctica del arbitraje comercial internacional se inició en los años que siguieron a la I Guerra Mundial. Rápidamente se puso de manifiesto que sin un sólido apoyo legal, de carácter internacional, el arbitraje no podría convertirse en un sistema eficaz para resolver controversias en el comercio internacional: una parte incumplidora, actuando de mala fe, podía fácilmente sustraerse al compromiso asumido en la cláusula arbitral. Los primeros intentos de regulación internacional los constituyeron el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio de Ginebra de 1927, que fueron ratificados por España en 1926 y 1930 (32).

El Protocolo de 1923 es un tratado muy breve, de únicamente cuatro artículos, que regula el convenio arbitral, el derecho aplicable al procedimiento arbitral y la declinatoria por arbitraje. El gran problema del Protocolo es que únicamente prevé la ejecución de los laudos en el Estado donde se hubieran dictado (solución a todas luces insatisfactoria); una limitación añadida es que su aplicación exige que ambas partes sean nacionales de un Estado contratante.

El problema de la ejecución se intentó resolver a través del Convenio de 1930, pero éste instauró un sistema que tampoco resultó eficaz: necesidad de doble *exequátur*, *numerus apertus* de causas de denegación, carga de la prueba en contra del ejecutante...

En la práctica, los tratados ginebrinos han perdido casi toda relevancia, pues han sido sustituidos por el Convenio de Nueva York: su artículo VII.2 prevé que el Protocolo y el Convenio dejarán de tener efecto entre los Estados contratantes a partir del momento “*y en la medida*” en que el Convenio de Nueva York tenga fuerza obligatoria para ellos.

(32) Para el Protocolo, ver n. 22; el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 26 de septiembre de 1927, fue ratificado el 15 de enero de 1930.

El Convenio de Nueva York cubre prácticamente el mismo campo que los tratados ginebrinos (33); por ello, ratificado por un Estado el Convenio de Nueva York, éste prevalece y excluye la aplicación del Protocolo y del Convenio.

### B) El Convenio de Nueva York

En mayo de 1958 se reunió en Nueva York una conferencia sobre arbitraje comercial internacional, organizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Su finalidad: discutir un convenio internacional que facilitara la ejecución de laudos dictados en arbitrajes internacionales. El Convenio, basado en una propuesta de compromiso presentada por la delegación holandesa, fue adoptado el 10 de junio de 1958, y es considerado, con razón, un éxito rotundo, pues ha sido ratificado nada menos que por 130 países. Lo más sorprendente es que el éxito no fue inmediato, sino que las adhesiones se fueron produciendo de forma gradual. Los EEUU no ratificaron el Convenio de Nueva York hasta 1970, el Reino Unido hasta 1975 y España lo hizo al llegar la democracia en 1977. Los países latinoamericanos, tradicionalmente muy reacios al arbitraje internacional, no se adhirieron hasta los años 90 (Argentina 1989, Venezuela 1995, Brasil 2002). Entre los países con peso económico significativo, solo permanecen fuera del sistema del Convenio de Nueva York Pakistán, Irán e Irak.

El prestigio del Convenio de Nueva York es tal que el legislador español de 2003 ha preferido no regular el exequátur de los laudos extranjeros, y se ha contentado con una remisión en bloque al Convenio de Nueva York (art. 46.2).

En el momento de firmar o ratificar el Convenio de Nueva York, los Estados pueden hacer dos reservas: la primera, que solo aplicarán la Convención a laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante (es decir, que aplicarán el principio de reciprocidad) o a litigios considerados mercantiles por

(33) Una excepción es la regla que el procedimiento arbitral se rige por la voluntad de las partes y subsidiariamente por la ley de la sede; art. 2 Protocolo.

su derecho interno (art. I.3). España no efectuó ninguna de las dos reservas, y por lo tanto el Convenio de Nueva York resulta de aplicación en España en todo caso, aunque el laudo se haya dictado en un Estado no contratante, aunque la parte que solicite el *exequátur* no sea nacional de un Estado contratante y aunque el litigio no sea mercantil.

La base del éxito del Convenio de Nueva York es su artículo V, que lista las causas que permiten denegar el exequátur de un laudo extranjero. Este artículo excluye la posibilidad de que en este trámite los tribunales nacionales puedan revisar el fondo de la decisión arbitral y solo permite la denegación del exequátur por violación del orden público, por nulidad del convenio arbitral, por vicios procedimentales graves o por exceso en las facultades de los árbitros. El listado ha tenido tal aceptación, que ha sido reproducido por el Convenio Interamericano de Arbitraje (34) y ha influido decisivamente el listado de causas que permiten la anulación del laudo, recogido en el artículo 34.2 Ley Modelo, y, por influencia de la Ley Modelo, en el artículo 41.1 Ley de Arbitraje.

Aunque el Convenio de Nueva York lleva como nombre "*Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*", en realidad su contenido es bastante más amplio, pues también regula los requisitos del convenio arbitral (arts. II.1 y 2) y la excepción o declinatoria de arbitraje (art. II.3).

### C) El Convenio Europeo sobre Arbitraje

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional ("CEA") fue firmado en Ginebra en 1961, tres años después del Convenio de Nueva York. Estaba enfocado al arbitraje en Europa y sobre todo al arbitraje entre Occidente y los países comunistas. Solo ha sido ratificado por 30 Estados, de los que 26 son europeos y cuatro (Cuba, Burkina Faso, Azerbaiyán y Kazajstán) extra-europeos. No han ratificado Estados con tanta tradición en esta materia como Holanda y el Reino Unido.

(34) O Convenio de Panamá de 30 de enero de 1975.

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional en principio solo es aplicable a arbitrajes entre partes que tengan su “*residencia habitual o domicilio*” en Estados contratantes diferentes (art. I). Nótese que el criterio nuevamente es domicilio, no la nacionalidad (35). El ámbito de aplicación del Convenio Europeo es mucho más restrictivo que el del Convenio de Nueva York. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha interpretado este requisito con cierta laxitud, en contra del *dictum* literal de la norma, y ha aplicado el Convenio en situaciones en las que una parte era española y la otra no estaba domiciliada en un Estado contratante (36). Como regla general, no existe objeción a esta forma de proceder de nuestro Tribunal Supremo: el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional recoge una serie de principios muy ampliamente aceptados en el arbitraje internacional, principios que son los mismos que informan la Ley de Arbitraje, y que pueden ser invocados en situaciones en las que, *stricta lege*, el Convenio no es aplicable (37).

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional fue el primer tratado que intentó regular la institución del arbitraje internacional en todos sus aspectos. Contiene una extensa normativa sobre procedimiento (art. IV), derecho aplicable al fondo (art. VII), las facultades de los árbitros para decidir su propia competencia (art. V), y la competencia de los tribunales estatales, en especial en materia de anulación del laudo (art. VI y IX). El Convenio, en cambio, no regula el exequátur de un laudo internacional; éste queda sometido al Convenio de Nueva York, pues todos los Estados que lo han ratificado también son partes del Convenio de Nueva York y ambos convenios son plenamente compatibles (art. X.7 CEA).

La regulación del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aunque se haya quedado en algunos

(35) El art. I CEA recuerda al art. 3.1.a) LA.

(36) STS 8-X-1981 (Ref. La Ley 12717-JF/0000), 7-X-1986 (Ref. La Ley 79227-NS/0000), 23-VII-2001, n. 7.

(37) Ej.: el art. III CEA permite a los súbditos extranjeros ser árbitros; no hay inconveniente en aplicarlo a cualquier arbitraje internacional.

aspectos desfasada (38), continúa siendo una fuente importante para regular el arbitraje internacional: en unos casos, por aplicación directa de sus normas, y en otras, por invocación de los principios generales que en ellas subyacen.

#### D) Convenios bilaterales

Históricamente, los convenios bilaterales tuvieron importancia para promocionar el uso del arbitraje internacional. Los Tratados de Comercio y Navegación solían contener cláusulas refrendando la validez de los convenios arbitrales entre nacionales de los países contratantes. Los convenios bilaterales sobre ejecución de sentencias judiciales frecuentemente incluían cláusulas extendiendo sus efectos a los laudos arbitrales. Con la proliferación de los Tratados multilaterales la importancia de los convenios prácticamente ha desaparecido. Únicamente podrían conservar alguna importancia en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros: de acuerdo con los artículo 46.2 Ley de Arbitraje y VII.1 Convenio de Nueva York, si alguno de estos convenios bilaterales creara un régimen más favorable a la concesión del exequátur, prevalecería sobre el del Convenio de Nueva York.

España tiene en vigor convenios bilaterales que regulan el reconocimiento de laudos extranjeros con Suiza (39), Francia (40), Italia (41), la antigua Checoslovaquia (42) y Méjico (43).

(38) P.e. los procedimientos para nombrar al árbitro dirimente del art. IV y el Comité especial definido en el Anexo.

(39) Tratado de 19 de noviembre de 1896 entre España y la Confederación Suiza para la ejecución de sentencias en materia civil y comercial, ratificado el 6 de julio de 1898.

(40) Convenio España-Francia de 28 mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil, ratificado el 15 enero de 1970.

(41) Convenio España-Italia de 22 mayo de 1973 sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, ratificado el 27 de julio de 1977.

(42) Convenio España-Checoslovaquia de 4 mayo de 1987 sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, ratificado el 22 de septiembre de 1988.

(43) Convenio España-Méjico de 17 abril de 1989 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, ratificado el 10 de julio de 1990; el convenio con Brasil (Convenio España-Brasil de 13 de abril de 1989 de cooperación jurídica en materia civil) prácticamente no regula la materia arbitral, y los convenios con

Históricamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy reacia a dar prevalencia a los convenios bilaterales, y ha tendido a aplicar el Convenio de Nueva York (44).

## 2.2. La Ley de Arbitraje

Los arbitrajes que reúnan los requisitos para ser considerados internacionales, según el artículo 3 Ley de Arbitraje, pueden ser divididos —como ya hemos visto— en dos categorías: arbitrajes internacionales con sede en España (A) y arbitrajes internacionales con sede en el extranjero (B). Esta división es relevante a la hora de determinar en qué medida les resulta aplicable la Ley de Arbitraje.

### A) Aplicación territorial de la Ley de Arbitraje: arbitrajes internacionales con sede en España

Los arbitrajes internacionales con sede en España quedan sujetos a la Ley de Arbitraje. Así lo establece con carácter general el artículo 1. Además, la propia Ley de Arbitraje establece una serie de reglas específicas, que únicamente son aplicables a este tipo de arbitrajes, y no a los arbitrajes internos:

- el artículo 2.2. prohíbe en los arbitrajes internacionales que los Estados o las empresas públicas invoquen prerrogativas;
- el artículo 9.6. amplía los supuestos en los que el convenio arbitral es válido;
- el mismo artículo 9.6. también abre el abanico de controversias arbitrables;

China (Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 mayo de 1992) y Bulgaria (Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria de 23 mayo de 1993) contienen una simple referencia cruzada al CNY.

(44) Para una exposición detallada de la jurisprudencia, cfr. Esplugués, n. 26, pág. 1619.

- el artículo 15.1. suprime en los arbitrajes internacionales la exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio (requisito que sí se aplica a los arbitrajes internos de derecho, salvo acuerdo expreso de las partes);
- el artículo 15.6. recomienda a los tribunales españoles (“tendrá[n] en cuenta”) que, cuando hayan de nombrar al árbitro dirimente en arbitrajes con partes de distinta nacionalidad, designen a persona de nacionalidad (45) distinta a las de las partes;
- el artículo 34.2. regula la normativa sustantiva aplicable al fondo de la controversia, permitiendo la sumisión a “normas jurídicas” y facultando a los árbitros a que, en ausencia de pacto, elijan las que estimen más apropiadas;
- el artículo 39.5. amplía los plazos para que las partes puedan pedir y los árbitros decidir la corrección, aclaración y complemento del laudo.

Nótese que las reglas especiales aplicables a los arbitrajes internacionales con sede en España son únicamente las mencionadas. En todo lo demás, se aplica el régimen unitario de la Ley de Arbitraje. En especial, los arbitrajes internacionales celebrados en España nunca terminan en “*laudos extranjeros*”, sino en “*laudos internos*”, sujetos al mismo régimen jurídico de nulidad y ejecución forzosa que los laudos que ponen fin a arbitrajes puramente nacionales (arts. 40 a 44 LA) (46).

### B) Aplicación de la Ley de Arbitraje a arbitrajes internacionales con sede en el extranjero

Los arbitrajes internacionales con sede fuera de España no se ven afectados por la Ley de Arbitraje española, incluso si tienen algún punto de conexión con España. La Ley de Arbi-

(45) *Stricta lege*, no todo arbitraje con partes de distinta nacionalidad tiene que ser internacional —el criterio definitorio es el domicilio (art. 3.1.a).

(46) Los laudos internacionales dictados en España no necesitan de *exequátur* —son considerados “*laudos nacionales*” a efectos del art. I.1. *in fine* CNY.

traje no tiene —por regla general— efectos extraterritoriales. Y a la inversa, los arbitrajes internos con sede en España se rigen exclusivamente por la ley española, sin que les afecte la normativa extranjera (art. 1.1. LA).

La regla de territorialidad, sin embargo, no es absoluta. El artículo 1.2. Ley de Arbitraje contiene una enumeración de artículos que declara aplicables, “*aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España*”. Se trata, como aclara la Exposición de Motivos (II, VI), de supuestos de intervención judicial de tribunales españoles en relación con arbitrajes desarrollados en el extranjero.

Enumera en concreto el artículo 1.2. Ley de Arbitraje los siguientes supuestos:

- El *exequátur* y la ejecución forzosa en España de laudos extranjeros se regirá siempre por los artículos 44, 45 y 46 Ley de Arbitraje y los juzgados competentes serán los establecidos en los artículos 8.4. y 8.6. (es decir, el Juzgado de Primera Instancia correspondiente).
- La declinatoria de arbitraje, que impide a los tribunales españoles conocer de una controversia sometida a convenio arbitral, puede ser ejercitada por las partes, tanto si el arbitraje tiene su sede en España, como en el extranjero (arts. 11.1 y 2 LA) (47).
- Las partes de un contrato con convenio arbitral y sede en el extranjero pueden solicitar medidas cautelares ante los tribunales españoles, incluso si el arbitraje ya ha comenzado (art. 11.3 LA), siendo competente el juzgado previsto en el artículo 8.3 Ley de Arbitraje.

Nótese que entre las normas que no se declaran aplicables a los arbitrajes con sede en el extranjero, están las reglas sobre la anulación (art. 40 y art. 8.5 LA). Esta omisión confirma que no cabe acción de nulidad en España contra laudos

(47) El mismo principio ya venía establecido por el art. 11.3 CNY, que obliga a los Tribunales “*a remitir a las partes al arbitraje*”, siempre que exista un convenio arbitral válido.

dictados en procesos celebrados fuera de España. Esa acción debe ser ejercitada ante los tribunales de la sede, y de acuerdo con su normativa procesal. El principio es confirmado por el artículo V.1e) Convenio de Nueva York, que permite denegar el *exequátur* si el laudo ha sido anulado o suspendido por los tribunales del país en que se haya dictado.

El artículo 1.2. Ley de Arbitraje también ordena que las normas sobre forma y contenido del convenio arbitral (incluidas en el artículo 9 LA, con excepción del párrafo 2) y las reglas sobre arbitrabilidad del artículo 9.6. se apliquen incluso en los arbitrajes con sede en el extranjero. La norma está dirigida al juez español: al conceder el *exequátur*, decidir una declinatoria o conceder una medida cautelar, deberá juzgar la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad de la controversia, aplicando los criterios —*extraordinariamente pro arbitratorie*— del artículo 9 Ley de Arbitraje (48).

### 3. EL CONVENIO ARBITRAL

Sin convenio no hay arbitraje. Son las partes las que pactan que las controversias que ya han surgido entre ellas, o las que puedan surgir en el futuro, sean resueltas no a través de un procedimiento judicial, sino a través de un arbitraje. El convenio arbitral puede consistir en un contrato específico (en cuyo caso la controversia ya ha nacido, y puede tener carácter contractual o extracontractual), o en una cláusula incorporada a un contrato principal (en cuyo caso, las controversias serán todas las que puedan surgir en el futuro en relación con ese contrato) (49). Al pactar el convenio arbitral, las partes tienen una amplísima facultad para fijar libremente la clase, el lugar, el procedimiento y los restantes elementos del arbitraje, de forma que éste se ajuste a sus necesidades y preferencias y se garantice su neutralidad.

(48) *Vide* apartados 3.1. y 4 *infra*.

(49) En estructuras contractuales complejas, con múltiples contratos conexos, puede ocurrir que la cláusula arbitral se convierta en un contrato independiente, que cubra las controversias futuras que puedan surgir de todos ellos.

Si el contenido del convenio arbitral queda a la libre determinación de las partes, sus efectos vienen predeterminados por la ley: la jurisdicción queda excluida y toda controversia es resuelta por los árbitros mediante un laudo, que, aun basado en una potestad originada *ex contractu*, produce los mismos efectos que una sentencia judicial firme: cosa juzgada y ejecutoriedad.

La Ley de Arbitraje dedica su Título II al convenio arbitral y a sus efectos. El artículo 9, en sus párrafos 1 a 5, analiza su forma, el artículo 11 sus efectos. En cuestión de forma la Ley de Arbitraje adopta una posición moderna y favorable al arbitraje: aunque mantiene la exigencia de forma escrita, inspirada en el Convenio de Nueva York, facilita que se cumpla a través de la incorporación por referencia o la utilización de las nuevas tecnologías. En cuestión de efectos, la Ley de Arbitraje se mantiene dentro de lo que es la más absoluta ortodoxia en el Derecho comparado.

La normativa transcrita no plantea dificultades específicas para el arbitraje internacional. Los problemas aquí se centran en un tema clásico del Derecho internacional privado, determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable (3.1.), en analizar la capacidad y representación de la partes, en especial las de derecho público (3.2.) y en resaltar algunos efectos específicos (3.3.).

### 3.1. Normativa aplicable al convenio arbitral

La Ley de Arbitraje 1988 dedicaba el artículo 61 a regular esta materia: el convenio arbitral se regía por la ley pactada entre las partes, siempre que la designación se hubiera hecho “*expresamente*” y además la ley pactada “*tuviera alguna conexión con el negocio jurídico principal o la controversia*”; en defecto de sumisión válidamente pactada, “*por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia*” y subsidiariamente “*por la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, si éste no estuviere determinado, por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral*”. El artículo 61 Ley de Arbitraje 1988 no era una norma que gozara de buena prensa. Fue

introducida buscando una simetría con el artículo 10.5 C. c., que también condiciona la válida sumisión a Derecho extranjero a que exista un punto de conexión. Sin embargo, el artículo 61 Ley de Arbitraje 1988 no tuvo en cuenta que los criterios previstos en el Convenio de Nueva York y en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional eran totalmente diferentes.

En efecto: el artículo V.1.a) Convenio de Nueva York se pronuncia sobre el derecho aplicable al convenio arbitral al regular las causas por las que los tribunales pueden rechazar el exequátur de un laudo; el artículo VI.2 Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional lo hace en sede de las causas que los tribunales pueden aducir para rechazar una solicitud de declinatoria; y su artículo IX.1.a) al regular la acción de nulidad. En los tres casos la solución es la misma: se aplicará en primer lugar la ley pactada por las partes y en ausencia de indicación, la ley del lugar donde deba dictarse el laudo, es decir, de la sede del arbitraje (50). Para resolver la contradicción entre el artículo 61 Ley de Arbitraje 1988 y los Tratados, el Tribunal Supremo, en su ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23-VII-2001, terminó dando prevalencia a los criterios contenidos en éstos últimos.

La Ley de Arbitraje 2003 ha introducido importantes novedades (51). En primer lugar, la nueva ley no contiene una norma equivalente al artículo 61 Ley de Arbitraje 1988, que expresamente establezca cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a un convenio arbitral (52). La norma de conflicto se ha sustituido por el artículo 9.6, en virtud del cual, en los arbitrajes internacionales, el convenio “*será válido ... si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español*”. Este artículo no tiene equivalente en la Ley Modelo, que no establece expresamente cuál debe ser el orde-

(50) El art. VI.2 CEA aun añade una tercera posibilidad subsidiaria: en ausencia de indicación sobre la sede, se aplicará la *lex fori*.

(51) Para un análisis pormenorizado VERDERA TUELLS: n. 12, pág. 78.

(52) El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (“CR”), no es aplicable a los convenios arbitrales —art. 1.2.d).

namiento jurídico por el que se rija el convenio arbitral. Su origen es el artículo 178 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, cuya dicción es prácticamente igual a la del artículo 9.6 de la Ley española (53).

El artículo 9.6 Ley de Arbitraje, y su antecedente, el artículo 178.2 de la Ley suiza, son el último eslabón en un proceso que pretende dotar al convenio arbitral de una coraza reforzada de validez, y de aislarlo de las idiosincrasias de las leyes nacionales y de los intentos de minar su eficacia y su carácter autónomo. El Convenio de Nueva York y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional ya pusieron la primera piedra en este proceso, al prever que la validez se sometiera a la ley pactada o, en ausencia de ésta, a la de la sede —en general un lugar neutral, convenido por las partes o fijado por los árbitros, con una elevada probabilidad de que su regulación favoreciera la validez del arbitraje. La nueva ley española lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias: el convenio es válido con tal de que cumpla los requisitos del derecho pactado, del aplicable al fondo o del derecho español —siendo suficiente que se reúnan los criterios de uno cualquiera de estos sistemas.

El artículo 9.6 Ley de Arbitraje es por lo tanto una norma innovadora, que pone nuestro ordenamiento a la vanguardia en la defensa de la validez de los convenios arbitrales y que actúa como un poderoso argumento para elegir España como plaza de arbitrajes internacionales: los árbitros en un arbitraje internacional con sede en España, al valorar la validez o nulidad del convenio arbitral, en el marco de su propia *Kompetenz-Kompetenz*, solo podrán declarar la nulidad, si resulta impuesta cumulativamente por las normas pactadas para el convenio, por la normativa aplicable al fondo y además por la ley española. Y dado que la ley española contiene una regulación muy liberal y *pro arbitratorie* del convenio, el artículo 9.6 Ley de Arbitraje facilita en un arbitraje interna-

(53) Art. 178.2: “Con relación al fondo, un convenio arbitral es válido si se ajusta bien a la ley elegida por las partes, bien a la ley que gobierne el fondo de la controversia, en especial la ley que gobierne el contrato principal, o si se ajusta a Derecho suizo”.

cional cuya sede sea en España, que el pacto sea válido y que el arbitraje proceda hasta dictarse el laudo (54).

El artículo 9.6. también resulta de aplicación obligatoria por los tribunales de justicia españoles, cuando deban valorar la validez del convenio arbitral, bien sea en sede de acción de nulidad (el art. 41.1. a) Ley de Arbitraje prevé la nulidad del laudo si el convenio “no existe o no es válido”), bien al enjuiciar el exequátur (el art. V.1. a) Convenio de Nueva York permite denegarlo en este caso) (55).

En el caso de la acción de nulidad, el laudo habrá sido dictado en España, y por lo tanto la aplicación del artículo 9.6. Ley de Arbitraje no ofrece dudas. En el caso del *exequátur*, el laudo habrá sido dictado fuera de España, pero aún así, el artículo 1.2. Ley de Arbitraje ordena expresamente que a este laudo extranjero se le aplique el artículo 9 Ley de Arbitraje (56).

### 3.2. La capacidad y representación de las partes

La Ley nacional regula el estado y la capacidad de las personas. Así lo establecen los artículos 9.1. y 9.11 C.c. El mismo principio se induce, a efectos de denegación del exequátur, del artículo V.1.a) Convenio de Nueva York y a efectos de declinatoria y de nulidad del laudo de los artículo VI.2. y IX.1.a) Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. La ley nacional también regula el poder de representación de las personas físicas que actúen por cuenta de las personas jurídicas (art. 9.11 C. c.).

En el arbitraje internacional la aplicación de estas normas de conflicto da lugar a dos tipos de problemas: que un Estado o una empresa pública traten de escabullirse del arbitraje,

(54) El mismo criterio también es aplicable en materia de arbitrabilidad de la controversia —ver apartado 4 *infra*.

(55) Sobre la posibilidad de que los tribunales españoles enjuicien la validez del convenio arbitral en sede de declinatoria, véase apartado 3.3. *infra*.

(56) En este punto, los criterios más liberales de los arts. 1.2. y 9 LA prevalecen sobre los más restrictivos del art. V.1 a) CNY (esta prevalencia, que facilita el reconocimiento y ejecución de los laudos, es congruente con el art. VII.1 del propio CNY); conforme CÓMEZ JENE: “El arbitraje internacional en la nueva LA”, *La Ley* 11-II-2004, pág. 4.

alegando el incumplimiento de algún requisito de capacidad o de representación, o que una empresa privada alegue que el apoderado que suscribió el convenio arbitral carecía de poderes suficientes para actuar válidamente. De estos dos problemas, la Ley de Arbitraje regula específicamente el primero (A), pero no el segundo, aunque éste puede ser resuelto induciendo sus principios generales (B).

#### A) Arbitrajes con Estados o empresas públicas

El artículo 2.2. establece una regla especial de capacidad que afecta a los Estados y las empresas controladas por un Estado (57): éstas no pueden negar validez al convenio arbitral, “[invocando] prerrogativas de su propio derecho”. Pero el artículo 2.2. incluso va más allá: estas prerrogativas del ordenamiento jurídico propio tampoco pueden alegarse para “sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”. La Exposición de Motivos (II, VIII) explica la finalidad perseguida por este precepto: “Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular”.

El artículo 2.2. Ley de Arbitraje no procede de la Ley Modelo; tampoco parece que haya sido recogido en ninguna ley de arbitraje de nuestro entorno; su origen es un principio de *lex mercatoria*, en virtud del cual “un Estado o una entidad controlada por un Estado no puede invocar su soberanía o su ley interna para repudiar su consentimiento contractual” (58). Ha sido confirmado por numerosos laudos arbitrales y se ha convertido en uno de los pocos “*principles of truly international public policy in international arbitration law*” (59). El principio es una aplicación específica del brocardo *pacta sunt servanda*: si un Estado ha pactado dirimir

(57) Aunque el artículo lleva el título “*Materias objeto de arbitraje*”, la norma realmente es una cuestión de capacidad y de conflicto de leyes; estaría mejor en el Título II.

(58) “*List of Principles, Rules and Standards of the Lex Mercatoria*”, número 38, en BERGER: *The creeping codification of Lex Mercatoria* (1999), pág. 296; también en [www.tldb.de](http://www.tldb.de)

(59) Fouchard/Gaillard/Goldman, n. 28, pág. 328.

las controversias con un particular extranjero a través del arbitraje internacional, actuaría de mala fe si, posteriormente, intentara ampararse en requisitos específicos de su Derecho o invocara su inmunidad soberana para eludir su compromiso.

El artículo 2.2. entrará en juego, siempre que el ordenamiento jurídico aplicable sea el español, bien por ser la ley aplicable al convenio arbitral, bien por desarrollarse la acción ante los Tribunales españoles o por tener el arbitraje su sede en España (60).

El ámbito subjetivo del artículo 2.2 Ley de Arbitraje es muy amplio: abarca tanto a los Estados y empresas públicas extranjeros, como al Estado español y sus empresas. El artículo 2.2. no distingue, y no sería de recibo que el Derecho español otorgara un tratamiento que discriminara a los Estados extranjeros y privilegiara al nacional. Estado es un término amplio, que incluye tanto al Estado central, como a cualquier organización territorial o subdivisión (como Provincias, Regiones, Estados federales...). Pero el artículo 2.2. no se refiere solo a Estados, sino también a “*sociedad, organización o empresa controlada por un Estado*”. Dentro de este concepto se engloban dos tipos de entidades: las organizaciones de derecho público, que ejercen funciones públicas y que forman parte del Estado central o de cualquiera de sus entes territoriales, y las empresas públicas, dedicadas a actividades comerciales, controladas por el Estado o sus entes territoriales, o por organizaciones de derecho público. La Ley de Arbitraje no define qué ha de entenderse por control, pero este concepto puede ser fácilmente integrado en base al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

El primer efecto del artículo 2.2. Ley de Arbitraje es que el Estado o ente público no podrá aducir la nulidad o cualquier

(60) Es de resaltar que el principio del art. 2.2. LA es exactamente el contrario al establecido por el art. 31.1.2. LEC para los procesos judiciales en España. Si se plantea una demanda contra un “*sujeto que goza de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho Internacional Público*”, los tribunales españoles “*se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan*”. El TC (STC 107/1992 de 1 de julio 1992, FJ IV), sin embargo, ha clarificado que la inmunidad soberana sólo puede abarcar los actos de Estados extranjeros que hayan sido realizados en virtud de imperio, pero no los sometidos a las reglas ordinarias del tráfico privado.



otro vicio que pretendidamente afectara a la validez del convenio arbitral, y que no pudiera ser también utilizado por un particular. En especial, no podrá excepcionar que el convenio arbitral es nulo por violar preceptos constitucionales o legales, o ineficaz por no haberse obtenido autorizaciones o seguido procedimientos establecidos en su propio ordenamiento jurídico. Que la norma de cobertura sea anterior o posterior a la firma del convenio arbitral es irrelevante (61).

Pero el artículo 2.2. Ley de Arbitraje no solo precluye que el Estado alegue falta de arbitrabilidad subjetiva. Nótese que la norma no se limita a decir que el Estado no puede repudiar la cláusula de arbitraje o invocar su incapacidad para arbitrar (62). El artículo 2.2. Ley de Arbitraje va más allá, pues establece que el Estado o ente público debe cumplir "*las obligaciones dimanantes del convenio arbitral*" "*exactamente igual que un particular*" (EdM, II, VIII). La principal obligación dimanante del convenio arbitral es la de cumplir con el laudo, so pena de sufrir la ejecución forzosa (cfr. art. 44 LA). El Derecho internacional público tradicionalmente reconoció a los Estados una inmunidad de ejecución añadida a la inmunidad de jurisdicción (63). El artículo 2.2. Ley de Arbitraje implica una renuncia *ex lege* a este privilegio: cuando un Estado o ente público voluntariamente acepta la sumisión a arbitraje internacional, no solo no puede sustraerse a ser demandado en arbitraje, sino que tampoco puede escudarse en su inmunidad soberana para evitar la ejecución forzosa de un hipotético laudo.

(61) Así, por ejemplo, si el Estado español, en un contrato de naturaleza internacional firmado en España, se sometiera a arbitraje, no podría escudarse posteriormente en que el art. 117.3. Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —RD Ley 2/2000 de 16 de junio— únicamente permite la sumisión a arbitraje en los contratos firmados en el extranjero.

(62) El Institute of International Law, en su sesión celebrada en Santiago de Compostela en 1989, adoptó una resolución más limitada que la LA, en virtud de la cual "*un Estado, una empresa estatal o una entidad estatal no pueden invocar su incapacidad para arbitrar, en orden a sustraerse al arbitraje al que se han comprometido*".

(63) Cfr. art. 36.2. 1.º LEC.

## B) Alegación de falta de capacidad o representación por empresa privada

El arbitraje internacional, mecanismo común para dirimir disputas en el comercio internacional, forma parte del giro o tráfico ordinario empresarial. Todo empresario, por el mero hecho de serlo, tiene capacidad para celebrar convenios arbitrales, y todo apoderado autorizado para contratar, lo está también para incluir una cláusula arbitral o someter las disputas a arbitraje. Es más, el principio de buena fe precluye que una parte alegue su propia incapacidad o la insuficiencia del poder de su representante, salvo que la contraparte hubiera conocido el vicio o lo hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte (64). Sería profundamente injusto que la parte que ha creado la apariencia de quedar vinculada por el convenio arbitral, pudiera después desligarse de él, alegando su propia torpeza (65).

En Derecho español se ha venido exigiendo que el poder para firmar convenio arbitral sea expreso. La exigencia se induce del artículo 1713 C. c., que establece en su párrafo II que "*para transigir... se necesita mandato expreso*", y añade en un tercer párrafo que "*la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros*" (66). El C. c., redactado en 1889, refleja en esta regla la tradicional desconfianza del Derecho español frente al arbitraje. La jurisprudencia histórica ha venido realizando una interpretación extensiva y rigorista del artículo 1713 C. c., exigiendo que exista "*un poder inequívoco, que por escrito y de una forma directa y literal autorice para comprometer en árbitros*" (67).

La norma del C. c. carece hoy de sentido, a la luz de la nueva Ley de Arbitraje, cuyo objetivo es garantizar la eficacia

(64) El principio también está presente en el art. 11 Convenio de Roma.

(65) Este principio está claramente reconocido en la *lex mercatoria*; cfr. "*List of Principles, Rules and Standards of the Lex Mercatoria*", 23 y 25, en n. 58.

(66) El art. 25.2. 1.º LEC también exige que el poder general para someter a arbitraje de un procurador sea especial.

(67) STS 22-IX-1987 (Ref. *La Ley*, 115-1/1987); en sentido análogo STS 31-X-1986 (Ref. *La Ley*, 80530-NS/0000).

y el cumplimiento del convenio arbitral. La nueva ley y la práctica uniformemente seguida en el comercio internacional, exigen que el artículo 1713 C. c. hoy sea interpretado de acuerdo con “*la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado*” (art. 3 C. c.): lo que el artículo 1713 C. c. literalmente exige es que el poder para transigir sea expreso, añadiendo que la facultad de transigir no autorizará para comprometer en árbitros. De esta regla negativa la jurisprudencia indujo que el poder para someter a arbitraje también debía ser expreso. A la luz de la Ley de Arbitraje, esta inducción no puede ser ya defendida, en especial en el campo del arbitraje internacional. El artículo 1713 C. c. debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Para las sociedades españolas, la relevancia práctica de esta interpretación legal restrictiva, y de la consideración de la sumisión a arbitraje como un acto de giro o tráfico empresarial, es la siguiente:

- el órgano de administración de una sociedad mercantil está autorizado *ex lege* a realizar cualquier negocio comprendido en el objeto social (art. 129.1. LSA; art. 63.1. LSL); la autorización legal incluye la posibilidad de incluir en ellos (o celebrar *ex post*) convenios arbitrales, aunque los estatutos no contengan una referencia expresa al arbitraje; aún en el caso de que los estatutos incluyeran expresamente esta limitación (68), y ésta estuviera registrada, sería ineficaz frente a terceros (art. 129.1. LSA *in fine*; art. 63.1. LSL *in fine*);
- la delegación permanente de alguna de las facultades del Consejo incluye implícitamente, salvo estipulación en contrario, la posibilidad de someter a arbitraje —una referencia expresa a esta facultad no es necesaria (cfr. art. 141.1. LSA y art. 62.2. *in fine* LSL) (69);

(68) Lo que en la práctica es inaudito.

(69) A esta misma conclusión llegó el árbitro en el laudo parcial dictado en el arbitraje CCI 10617, en el que una SA española negaba la capacidad de su consejero delegado para suscribir un contrato de compraventa con cláusula de arbitraje; véase Schieds VZ, 2003, pág. 45.

- el otorgamiento de un poder en favor de un directivo, empleado o representante de la sociedad, que autorice al apoderado a celebrar determinado tipo de contrato, incluye implícitamente la autorización para insertar una cláusula arbitral, o para celebrar *ex post* un convenio arbitral; un apoderamiento faculta no solo a los actos expresamente mencionados en el poder, sino también a “*todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe [y] al uso*” (art. 1258 C.c.); y sería contrario al más elemental sentido de la buena fe, que una sociedad española pudiera alegar que su representante tenía poder suficiente para suscribir el contrato, pero no la cláusula arbitral, con su subsiguiente nulidad (70).

### 3.3. Efectos del convenio arbitral

Hemos visto que el convenio arbitral internacional es considerado válido en España, siempre que reúna los requisitos exigidos por una cualquiera de las leyes señaladas en el artículo 9.6. Ley de Arbitraje. Los efectos de su válido otorgamiento vienen definidos en el artículo 11 Ley de Arbitraje:

- las partes “*están obligadas a cumplir lo estipulado*” (lo que se conoce como efecto positivo - [A]), y además
- los tribunales están impedidos de conocer las controversias sometidas a arbitraje (efecto negativo - [B]).

#### A) Efectos positivos

Las partes que han firmado un convenio arbitral tienen una obligación positiva de cumplir lo pactado, obligación que,

(70) A la misma conclusión llegó ya el ATS 29.IV.1985 —RCEA, 1986, pág. 231— la parte española reclamaba que se negara el exequátur, alegando que su representante había actuado sin poderes expresos; el TS, con toda razón, rechazó el argumento, en base al principio de buena fe impuesto por el art. 57 C. de C.

interpretada a la luz del artículo 1258 C. c. implica al menos lo siguiente:

- el deber de resolver sus disputas a través del arbitraje;
- el deber de participar lealmente en el proceso, y finalmente,
- el deber de cumplir voluntariamente el laudo que en su día se dicte.

El deber positivo de resolver las disputas a través del arbitraje conlleva también una obligación de no suscitar la controversia ante la jurisdicción (71).

La anterior conclusión no quita que cualquiera de las partes pueda comparecer ante tribunal competente, demandando a la otra en relación a una controversia sometida al convenio arbitral. La demanda constituirá una oferta para extinguir por mutuo disenso el convenio arbitral en vigor y la contraparte deberá reaccionar, compareciendo ante el tribunal, para solicitar la paralización de la acción judicial y la remisión de las partes al arbitraje.

Esta regla se deriva del artículo II.3. Convenio de Nueva York (72), ha sido acogida en el artículo 8.1. Ley Modelo y en el artículo 11.1. Ley de Arbitraje, que añade el cauce procesal específico que el demandado debe seguir para formalizar la oposición (“*el convenio arbitral ... impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien le interese lo invoque mediante declinatoria*”).

El tratamiento procesal que prevé el artículo 11.1. Ley de Arbitraje no es el adecuado para el arbitraje internacional. La declinatoria debe plantearse por el demandado en un plazo muy breve (10 días) (73), preclusivo, no ampliable por el juez, y además, previo a la contestación sobre el fondo (para la que

(71) ARIAS: “Comentario al art. 11”, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (Coordinador D. Arias), 2005, pág. 103.

(72) En igual sentido ya se expresaba el art. 4 del Protocolo de Ginebra de 1923.

(73) Art. 64.1. LEC.

la ley otorga 20 días). Este inusitado rigor procesal puede favorecer comportamientos torticeros, en perjuicio de terceros de buena fe.

Por ejemplo: una parte española, unida a otra extranjera mediante convenio arbitral válido, podría caer en la tentación de intentar aprovecharse del rigorismo formal del artículo 11.1. Ley de Arbitraje, planteando una demanda en España, con la esperanza que el extranjero, desconocedor del Derecho español, dejara pasar el plazo de 10 días sin interponer la declinatoria, y alegar a continuación que la sumisión a arbitraje había quedado extinguida por mutuo disenso, y expedito el camino al procedimiento judicial español.

No se puede admitir que una conducta de este tipo, que pretende subvertir el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, produzca los efectos deseados. El convenio arbitral vincula a las partes y les “*obliga a cumplir lo estipulado*” (art. 11.1. LA), en tanto que ambas partes no expresen con claridad su voluntad común de disenso. Para ello es imprescindible que una parte promueva una demanda judicial, y que la contraparte comparezca y se someta a la jurisdicción. No puede entenderse que un extranjero vinculado a un español por convenio arbitral válido, que sencillamente deja de comparecer ante la justicia española o que articula su oposición no mediante declinatoria previa, sino en su primer escrito de contestación, esté consintiendo por mutuo disenso a la extinción del pacto de arbitraje (74). El pacto seguirá en vigor y permitirá la iniciación del arbitraje (75). El tribunal español debería abstenerse de conocer y sobreseer el proceso (interpretando flexiblemente el art. 65.2., I LEC).

## B) Efectos negativos

Las partes deben cumplir el convenio arbitral, pues tiene fuerza vinculante “*ex contractu*”. Los tribunales lo deben res-

(74) El art. 8.1. LM, cuyo texto y espíritu es fundamental para interpretar la LA, permite que la oposición se articule en el “*momento de presentar el primer escrito sobre el fondo*”.

(75) En sentido análogo, Arias, n. 71, pág. 106.

petar, y restringir el ámbito de su propia jurisdicción, porque así lo establece la ley. El artículo 11.1. Ley de Arbitraje “*impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje*” y el artículo 7 Ley de Arbitraje remacha estableciendo que “*en los asuntos que se rijan por esta ley no interviendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*”. Las funciones de “*apoyo y control*” que los tribunales puedan ejercer están a su vez enumeradas en el artículo 8 (nombramiento de árbitros, asistencia en la práctica de pruebas, medidas cautelares, ejecución forzosa, anulación, *exequátur*).

El ámbito de actuación jurisdiccional, en relación al arbitraje internacional, plantea dos cuestiones fundamentales: la primera, si los tribunales españoles pueden decretar la validez de un convenio arbitral, y la segunda, si pueden decretar su nulidad.

El primer supuesto se plantearía si, existiendo una cláusula arbitral, una parte acudiera a los tribunales, pidiendo una simple declaración de que la cláusula es válida y obliga a la contraparte a resolver las controversias precisamente a través de este instrumento. Este tipo de acciones no es de laboratorio, sino que se intentan con alguna frecuencia en la práctica internacional, cuando, en la fase negocial de la controversia, una parte amenaza con acudir a sus propios tribunales para obtener una declaración de nulidad del convenio. La contraparte puede reaccionar preventivamente, acudiendo a su propia jurisdicción o a la del lugar del arbitraje, pidiendo la declaración de validez del pacto arbitral, acompañada de medidas cautelares, que prohíban a la contraparte acudir a la vía judicial o realizar determinadas actuaciones.

¿Tienen este tipo de acciones cabida en Derecho español? La facultad de determinar la “*existencia o validez*” del convenio arbitral de “*o cualesquiera otras [excepciones] cuya estimación impide entrar en el fondo de la controversia*”, corresponde en exclusiva a los árbitros (art. 22 LA). A la luz de los artículos 7 y 8 Ley de Arbitraje, no parece que sea posible interponer una acción judicial, cuya finalidad sea la asunción por el juez de una facultad, que por ley, ha sido confiada a los árbitros. La vía apropiada para obtener una declaración de

validez del convenio arbitral consiste en iniciar un arbitraje, acompañado, si se quiere, de la petición de medidas cautelares en vía judicial o ante los propios árbitros.

El segundo supuesto, la duda si los tribunales españoles pueden decretar la nulidad o inexistencia del convenio arbitral, es una cuestión más delicada.

Es legítimo que, aún existiendo aparentemente un convenio arbitral, una parte demande a la otra ante los tribunales españoles, planteando una cierta controversia y simultáneamente alegando la nulidad del propio convenio. La contraparte deberá reaccionar —tal como hemos visto— interponiendo una declinatoria (art. 11.1. LA). ¿Puede el tribunal rechazar la declinatoria, si estima que el convenio arbitral es nulo o inexistente?

A esta pregunta, el Convenio de Nueva York le da una contestación afirmativa: el tribunal remitirá a las partes al arbitraje “*a menos que compruebe que [el] acuerdo [de arbitraje] es nulo, ineficaz o inaplicable*”. La misma solución es la arbitrada por la Ley Modelo: de acuerdo con su artículo 8.1., el tribunal retiene jurisdicción, si el acuerdo arbitral es “*nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”.

La Ley de Arbitraje, por el contrario, ha omitido estas limitaciones en el artículo 11.1. La intención del legislador parece clara: el juez debe remitir al arbitraje, para que sean los propios árbitros, en el ejercicio de su *Kompetenz-Kompetenz*, los que decidan si el convenio arbitral es nulo. Solo de esta forma se logra dotar de eficacia real al pacto de arbitraje, y de inmunizarlo contra el intento de una de las partes de sustraerse a lo pactado (76).

Esta conclusión debe, sin embargo, ser matizada: en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, que pueda ser estimada *prima facie*, sin necesidad de ulteriores indagaciones por el propio juez (77), éste podrá rechazar la declinatoria. Si el juez está convencido de la inexistencia de convenio, no es razonable que tenga que ordenar la puesta en marcha del proceso arbitral.

(76) De similar opinión, Arias en n. 71, pág. 108; contra VERDERA SERVER, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, n. 26, pág. 468.

(77) P.e., porque falte la firma de una de las partes.

La Ley de Arbitraje llega expresamente a este mismo resultado en un supuesto muy similar: el de designación judicial de los árbitros. De acuerdo con el artículo 15.5. Ley de Arbitraje, el tribunal “únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral”. Y el apartado IV, II *in fine* de la Exposición de Motivos, clarifica que el juez debe limitarse a una revisión *prima facie* de la existencia del convenio arbitral. El mismo criterio puede extenderse, sin dificultad alguna, a la decisión sobre la declinatoria.

La interpretación del artículo 11.1. aquí propugnada es plenamente aceptada por las legislaciones más innovadoras en materia de arbitraje (78). Es también el criterio que en general asumen las instituciones administradoras de arbitrajes, para decidir si admiten o no a trámite una demanda arbitral (79).

#### 4. LA ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS

La finalidad de todo arbitraje es que los árbitros decidan, mediante laudo, una determinada controversia surgida entre las partes (80). Ahora bien: no toda controversia es arbitrable. En primer lugar es necesario que surja de un contrato con cláusula arbitral válida, o que las partes hayan válidamente acordado dirimirla por arbitraje. Y en segundo lugar es necesario que el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación

(78) P.e., en la francesa y en la suiza; cfr. Fouchard/Gaillard/Goldman, n. 28, pág. 407; el art. VI.3 CEA sienta la misma conclusión, pero limitándola a supuestos en los que la parte demandada ya hubiera incoado un procedimiento arbitral con anterioridad a la demanda judicial de la contraparte.

(79) El art. 6.2. Regl. CCI permite que, aunque la demandada no conteste o excepcione la inexistencia o nulidad del convenio, el arbitraje continúe, siempre que la Corte de la CCI esté convencida *prima facie* de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje. La Corte de la CCI ha desarrollado una extensa jurisprudencia —cfr. DERAINS/SCHWARZ: *A guide to the new ICC Rules of Arbitration* (1998), pág. 83.

(80) La nueva LA utiliza el concepto de “controversia”, que ya aparecía en el art. 1820 C. c. y que también se usa en la traducción castellana del art. 7.1. LM; el concepto es sinónimo de “cuestión litigiosa” que utilizaba el art. 1 LA 1988 o de los “puntos litigiosos” del art. 18.1. Regl. CCI —cfr. PERALES VISCASILLAS “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral” (2005), pág. 89.

permita que las controversias de esa naturaleza se resuelvan mediante arbitraje. La arbitrabilidad objetiva varía de ordenamiento en ordenamiento, dependiendo de la confianza que éste ponga en el arbitraje como sistema de resolución de conflictos, y de las facultades de autocomposición que quiera conceder a los ciudadanos (81). En general, el catálogo de materias excluidas del ámbito del arbitraje se ha venido reduciendo, a medida que el arbitraje ha ido reforzando su aceptación.

En el arbitraje internacional la arbitrabilidad plantea un problema previo: la de la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para dirimir esta cuestión. El tema dista de estar resuelto de forma general. El artículo V.2. a) Convenio de Nueva York y el artículo VI.2. *in fine* Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional permiten que los tribunales nieguen el reconocimiento de un laudo o de un compromiso arbitral, si la materia, de acuerdo con su propia *lex fori*, no es arbitrable. Pero en otras circunstancias, y en especial cuando los árbitros tienen que determinar su propia competencia, no está tan claro cuál es el ordenamiento que deben aplicar para determinar la arbitrabilidad. Se han propuesto todas las leyes posibles para regir el supuesto: la ley rectora del convenio, la del contrato, la ley donde el laudo probablemente recibirá ejecución (82).

El artículo 9.6. Ley de Arbitraje ha venido a clarificar esta materia.

Este artículo, como ya hemos visto, tiene su origen en una regla del Derecho suizo, cuyo objetivo es facilitar la validez de los convenios arbitrales internacionales. Pero la norma española no se ha quedado ahí: aplica la misma regla a la arbitrabilidad de la controversia. Esta extensión no está prevista en el Derecho suizo, y es una auténtica innovación de la Ley de Arbitraje. En su virtud, una controversia es susceptible de

(81) En el derecho belga, p.e., las controversias derivadas de contratos de distribución en exclusiva no pueden ser objeto de arbitraje —Ley de 27-VII-1961, modificada por Ley de 13-IV-1971; en derecho español, las controversias laborales — incluso en relaciones con altos directivos — no son arbitrables, art. 1.4. LA.

(82) Cfr. *in extenso* ARTUCH: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (1997), pág. 182.

arbitraje internacional siempre que así lo permitan las normas jurídicas (83) pactadas para regir el convenio arbitral, las aplicables al fondo (por pacto o por decisión de los árbitros) o el derecho español.

¿En qué supuestos se aplicará la regla del artículo 9.6 Ley de Arbitraje en materia de arbitrabilidad?

Un primer supuesto que no ofrece duda es cuando el arbitraje internacional tenga su sede en España, y los árbitros hayan de decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia que se les pretende someter (art. 1.1. LA) (84).

Con tal que exista arbitrabilidad de acuerdo con uno cualquiera de los ordenamientos mencionados en la norma, los árbitros habrán de afirmar su competencia. La regla refuerza el atractivo de España como sede de arbitrajes internacionales, y sin duda fue ésta la razón que impulsó al legislador a su promulgación.

Un segundo supuesto de aplicación del artículo 9.6. es en el momento en que el laudo dictado en España y que ponga fin a un arbitraje internacional, sea objeto de acción de anulación (art. 40 LA). Uno de los motivos que la permite es precisamente que los árbitros hayan decidido sobre controversias no arbitrables (art. 41.1. e) LA). El juez deberá decidir sobre esta cuestión, aplicando la cascada normativa del artículo 9.6.

Un tercer supuesto es cuando un tribunal español haya de otorgar el *exequátur*: el artículo 46 Ley de Arbitraje se remite al Convenio de Nueva York, y su artículo V.2 c) permite denegar el reconocimiento, si, “según la ley” del país del foro, la controversia no es arbitrable. ¿A qué norma se remite el artículo V. 2 a) Convenio de Nueva York? ¿Al artículo 2.1. Ley de Arbitraje, que establece la regla de arbitraje interno? ¿O a la cascada normativa que impone el artículo 9.6. Ley de Arbitraje, con el resultado que, aunque la materia sea no arbi-

(83) Por coherencia interna, la LA utiliza aquí el concepto “normas jurídicas” y no “ordenamiento jurídico”. Normas jurídicas es un concepto más amplio, que incluye también la *lex mercatoria* —vide infra capítulo 5.1. En el ámbito de la arbitrabilidad, sin embargo, no parece que la “*lex mercatoria*” pueda ni deba ser utilizada para ampliar el elenco de cuestiones susceptibles de arbitraje.

(84) De acuerdo con el art. 22.1. LA, los árbitros están facultados —*rectius* obligados— a decidir sobre cualquier excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

trable en derecho español, siempre que lo sea de acuerdo con el ordenamiento que rija el convenio arbitral o el fondo, el *exequátur* se debe conceder?

Debe prevalecer esta segunda solución, pues no sería coherente que el derecho español adoptara soluciones diversas para supuestos jurídicos análogos (85).

En derecho español hoy son arbitrables todas las controversias que versen sobre “*materias de libre disposición conforme a derecho*” (art. 2.1. LA). El ámbito de arbitrabilidad no viene pues definido por la imperatividad de la norma sino por la disponibilidad del derecho. Cuestiones en las que la norma es imperativa, pero el derecho es disponible (contrato de agencia, arrendamientos, sociedades, defensa de la competencia) son perfectamente arbitrables.

Entre las materias que sin lugar a dudas son arbitrables, se encuentran las consecuencias privadas derivadas de violaciones del derecho de la competencia, en sus tres vertientes (abuso de posición dominante, pactos colusorios, control de las concentraciones) (86).

La ley sueca de arbitraje expresamente reconoce que “*los árbitros pueden decidir sobre los aspectos civiles de la normativa de competencia con efectos entre las partes*” (sec. 1, 3) y no puede caber duda alguna que este tipo de controversias, al constituir materias de libre disposición, pueden ser objeto de arbitraje en la Ley de Arbitraje (art. 2.1. LA). En consecuencia, los árbitros pueden y deben decretar la nulidad de cláusulas anticompetitivas (por violar el art. 81 [1] TUE o art. 1 LDC), más la indemnización de los daños y perjuicios que dichas conductas pueden haber causado a la parte *in bonis*.

(85) Un ejemplo puede ayudar: asumamos un contrato de alta dirección entre una empresa española y un directivo americano, empleado en su sucursal de Nueva York, sujeto al Derecho de Nueva York, que permite la arbitrabilidad en estos supuestos; el contrato, sin embargo, no es arbitrable según la LA; si el lugar del arbitraje es Madrid, los árbitros afirmarían su propia competencia y el juez español rechazaría la acción de nulidad; por coherencia, no puede ser que el juez del *exequátur* lo rechace, por una aplicación literalista y estrecha del art. V.2 a) CNY en relación con los arts. 1.4. y 2.1. LA.

(86) El principio fue afirmado por el TS americano en el famoso caso Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc., del año 1985; el TS americano declaró la arbitrabilidad de la materia, pues aún siendo el derecho aplicable al fondo suizo y el lugar del arbitraje Japón, los árbitros habrían de aplicar como *ius cogens* el derecho antitrust americano; sobre este laudo existe una amplísima bibliografía; véase, p.e., JARVIN: “Arbitrability of Anti-Trust disputes: The Mitsubishi v. Soler Case”, en *J. Int'l Arb* (1985), 2, pág. 69.

## 5. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Los árbitros tienen que aplicar determinadas normas para resolver el fondo de la controversia. Por regla general, serán las normas que las partes hayan pactado para regir el contrato en el que está inserta la cláusula arbitral. Lo más frecuente es que ese pacto simplemente declare que el contrato se regirá por la ley de un determinado ordenamiento. De ser así, éste se aplicará tanto al fondo del asunto, como también al convenio arbitral (87).

En el arbitraje interno, la determinación del ordenamiento aplicable al fondo plantea pocas dificultades. En general será el derecho español. Por ello, la Ley de Arbitraje no dedica atención alguna a esta materia, más allá de prever que los árbitros podrán decidir en equidad si las partes expresamente lo han autorizado (art. 34.1. LA) (88).

En el arbitraje internacional, por el contrario, esta problemática alcanza gran trascendencia. La principal ventaja y la razón de ser del arbitraje internacional es que crea un sistema neutral para resolver controversias entre comerciantes situados en países diversos. La lucha por imponer los propios tribunales se resuelve nombrando a los árbitros. Pero queda el conflicto por la ley aplicable. Cada parte deseará imponer la propia, pues la conocerá mejor y estimará que defiende mejor sus intereses.

El arbitraje en sí mismo no resuelve este conflicto. Los árbitros, como los jueces, deben aplicar un determinado ordenamiento jurídico —normalmente el de una de las partes. Al hacerlo, están *volens* desequilibrando la balanza de neutralidad a favor de dicha parte. Para resolver esta dificultad, desde los años sesenta del siglo XX, un grupo de autores

(87) En la práctica, las cláusulas que establecen un ordenamiento específico para el convenio arbitral son muy poco frecuentes.

(88) Las partes en un arbitraje interno pueden por supuesto elegir que se aplique una ley diferente de la española; pero, al estar localizados todos los elementos de la situación en España —de no ser así, el arbitraje sería internacional—, el pacto no permitirá derogar las disposiciones imperativas españolas —art. 3, Convenio de Roma.

ha promovido la aceptación de un arbitraje “supranacional”, no sujeto a ningún ordenamiento nacional, sino al conjunto de reglas y usos del comercio internacional, a una “nueva *lex mercatoria*” (89). Este cuerpo de principios y costumbres cumpliría una doble función:

- si las partes expresamente se someten a él, o incluso si guardan silencio sobre el ordenamiento aplicable, impediría la aplicación de una ley nacional;
- si las partes expresamente se someten a un derecho nacional, tamizaría su aplicación, moderando reglas internas contradictorias con los usos del comercio internacional.

A pesar de las dudas y críticas de carácter doctrinal, lo cierto es que los últimos treinta años han visto una aceptación creciente del arbitraje “transnacional” (90). Esta aceptación ha sido propiciada porque las diferentes legislaciones nacionales han ido incorporando un concepto de origen francés: el de “*règles de droit*”. El concepto fue introducido en 1981 en el artículo 1496 del *Nouveau Code de Procédure civile*, al establecer que las partes eran libres de elegir las *règles de droit* aplicables a su controversia; y *règles de droit* se interpretó unánimemente como un concepto que englobaba no solo los ordenamientos jurídicos estatales, sino también las reglas transnacionales y la *lex mercatoria* (91). La terminología fue después aceptada por varias leyes nacionales (92), por el artículo 42.1. Convenio de Washington y por los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones arbitrales (93).

(89) La nueva *lex mercatoria*, concepto acuñado por B. Goldman en los años sesenta, sigue siendo una materia altamente controvertida; para un análisis dogmático e histórico es fundamental BERGER: *The creeping codification of lex mercatoria* (1999); para una recopilación de laudos en esta materia cfr. FERNÁNDEZ-ARMESTO: “Observation to award rendered in SCC Case 117/1999”, en *Stockholm Arb. Rep.* 2002: 1, pág. 71; también en [www.jfarmesto.com](http://www.jfarmesto.com)

(90) Las descalificaciones globales, como la de De Castro, en n. 13, *supra*, han quedado arrinconadas.

(91) Fouchard/Gaillard/Goldman, n. 23, pág. 802.

(92) Art. 1054 Código holandés de Procedimiento Civil, art. 187 Estatuto suizo de Derecho Internacional Privado, § 1051 ZPO.

(93) Regl. CCI art. 17.1, Regl. LCIA art. 22.3.

El artículo 34.2. Ley de Arbitraje ha acogido el concepto de *règles de droit*, para definir las normas aplicables al fondo de la controversia en un arbitraje internacional (no así, por el contrario, en el arbitraje interno). La Ley de Arbitraje ha traducido el concepto como “*normas jurídicas*”, clarificando en la Exposición de Motivos (VII, I) que engloba no solo las normas de uno o varios ordenamientos, sino también las “*reglas comunes del comercio internacional*”, es decir, la *lex mercatoria* (94). El artículo 34.2. es un canto al principio de autonomía de la voluntad. Las partes tienen plena libertad para definir cuál ha de ser la fórmula jurídica aplicada por los árbitros para resolver el fondo de la controversia. Sólo subsidiariamente, en ausencia de pacto, la facultad de decisión se traslada a los árbitros. Por ello, en la exposición de la materia, deben distinguirse dos grandes supuestos: que las partes hayan elegido un sistema de fuentes en su contrato (5.1.) o que no lo hayan hecho, y esta tarea recaiga sobre los árbitros (5.2.). La ley, finalmente, impone a los árbitros un deber de decidir con arreglo a las estipulaciones del contrato, teniendo en cuenta los usos aplicables (5.3.).

#### 5.1. Elección por las partes de las normas jurídicas aplicables al fondo

En un arbitraje internacional, las partes pueden convenir libremente —en el contrato original o mediante un acuerdo posterior— cuáles serán las normas aplicables al fondo de la controversia, determinando uno o varios ordenamientos jurídicos (A), eligiendo las reglas comunes del comercio internacional o *lex mercatoria* (B), o autorizando a los árbitros a que decidan en equidad (C).

(94) Es discutible si “*normas jurídicas*” es la mejor traducción para el concepto francés; los ingleses, creo que con mejor acierto, lo han traducido literalmente y hablan de “*rules of law*”, que en castellano equivaldría a “*reglas de derecho*”; el CW y la LM se refieren a “*normas de derecho*”; sea cual sea la fórmula de traducción, el concepto en todo caso es el mismo.

#### A) Ordenamiento jurídico

Las partes pueden pactar que su relación jurídica se rija por un ordenamiento jurídico convenido —que puede ser el de una parte, el de la otra o el de un Estado neutral. No hace falta que ese ordenamiento elegido tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal (95). En este punto, el artículo 34.2. Ley de Arbitraje es congruente con la regulación general de derecho internacional privado contenida en el artículo 3 Convenio de Roma. La Ley de Arbitraje añade que la indicación al derecho de un Estado determinado, se entenderá, salvo pacto en contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes (96).

Fuera de esta referencia a la exclusión de reenvío, la regulación de la Ley de Arbitraje es extraordinariamente parca. Por ello debe ser integrada con la normativa general española en materia de derecho internacional privado, y en especial con el Convenio de Roma. Este Convenio regulará

- los supuestos de elección implícita (art. 1);
- la elección simultánea de varios ordenamientos (art. 1);
- el consentimiento y validez de fondo (art. 8);
- el ámbito de la ley pactada (arts. 10 y 14);
- la cesión de crédito (art. 12).

Las partes pueden someter el contrato no solo a una ley, sino a varias, de forma que cada una regule diferentes aspectos (“*dépeçage*”). Tal posibilidad se induce sin dificultad de una interpretación conjunta de los artículos 34.1. Ley de Arbitraje y 3.1. Convenio de Roma (que permite que se pacte la ley aplicable “*a una parte del contrato*”). Aunque el

(95) La exigencia histórica de una determinada conexión, aún presente en el art. 62 LA (1988), ha desaparecido.

(96) La LA ha copiado en este punto el art. 28.1. LM; la norma en realidad es redundante, a la luz del art. 15 CR.



“dépeçage” legalmente es posible (97), en la realidad plantea numerosas dificultades en el deslinde y frecuentemente produce efectos imprevistos e indeseados. Por ello, su utilización práctica es muy escasa.

Las partes, al someterse a un determinado ordenamiento jurídico, se someten a él en su totalidad —incluyendo leyes dispositivas, leyes imperativas (98) y leyes de policía (99).

Todas ellas son obligatorias para los árbitros. Y a la inversa: los árbitros no deben aplicar las leyes dispositivas o imperativas de ningún ordenamiento diferente del pactado entre las partes.

¿*Quid* de las leyes de policía que tengan una estrecha vinculación con la controversia, por ser obligatorias en el domicilio de una de las partes, en el lugar de la sede o en el del previsible *exequátur*? ¿Deben los árbitros tomarlas en cuenta aunque las partes se hayan sometido a una ley diferente? La contestación a esta pregunta constituye una de las cuestiones más debatidas del arbitraje internacional (100).

Si el derecho español resulta aplicable al fondo, por haberlo pactado las partes, es posible inducir una regla del artículo 7 Convenio de Roma (101); el árbitro puede (pero no está obligado) a dar aplicación a una ley de policía de un tercer país si se cumplen tres condiciones:

(97) Una cosa es el “dépeçage” y otra las designaciones múltiples conjuntas (“derecho común a Francia e Inglaterra”), o condicionadas (“Derecho mexicano, en la medida en que sea compatible con los principios generales del comercio internacional”); éstas fórmulas ponen a los árbitros ante un semillero de problemas y deben evitarse.

(98) No derogables por contrato —art. 3.3. CR.

(99) En el sentido del art. 7 CR; son leyes con respecto a las cuales el legislador ha establecido que deben ser aplicadas, cualquiera que sea la ley que rija el contrato —p.e. defensa de la competencia, blanqueo de dinero, nulidad de actos corruptos.

(100) Un buen ejemplo de la relevancia práctica de la pregunta lo ofrece el famoso arbitraje Hilmarton c. OTV, CCI n.º 5622. OTV, una sociedad francesa, había contratado en virtud de un contrato sometido a Derecho suizo a Hilmarton, una sociedad inglesa, para que “*coordinara los aspectos administrativos*” de un contrato público en Argelia. Surgió una disputa sobre el pago de la comisión. El árbitro llegó a la conclusión que el contrato violaba una ley de policía argelina —la prohibición de uso de intermediarios— y consecuentemente era nulo por contravenir los *bonos mores*, en el sentido del art. 20.1 del Código Suizo de Obligaciones. La decisión fue confirmada por el Tribunal Federal suizo el 17-IV-1990.

(101) Contra FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, n. 28, pág. 848, que son contrarios a la aplicación del art. 7 CR a los arbitrajes internacionales; a favor GONZALO QUIROGA: *Orden público internacional en el marco de la globalización comercial* (2003), pág. 248.

- que la ley de este tercer país presente un “*vínculo estrecho*” con la controversia (p.e., ser una de las partes nacional de ese país, por ser ese país el lugar de cumplimiento del contrato o el lugar natural de ejecución del laudo, o por verse afectada la competencia en su mercado);
- que según la ley de este país, la norma de policía sea aplicable, cualquiera que sea el ordenamiento pactado en el contrato;
- que la norma de policía sea expresión de un principio de orden público, ampliamente aceptado por la comunidad internacional (como son la lucha contra el narcotráfico, el blanqueo de dinero, la prohibición de corrupción, o la defensa de la competencia), de forma que un laudo que no tuviera en cuenta esta norma de policía, violara el orden público internacional y no cupiera su *exequátur* en ningún país (y no solo en el Estado promulgador de la norma de policía), por imperativo del artículo V. 2.b) Convenio de Nueva York (102).

## B) Reglas comunes al comercio internacional

Las partes en ocasiones no logran un acuerdo sobre el ordenamiento jurídico aplicable a su contrato, y pactan expresamente someterlo a las reglas comunes al comercio internacional. La fórmula precisa puede variar (“*derecho internacional de los contratos*”, “*ley común al comercio internacional*”), pero en todos estos casos las partes lo que están pactando es la sumisión a la *lex mercatoria*. La validez de este tipo de pacto no ofrece duda alguna, pues estas “*reglas comunes al comercio internacional*” (EdM VII, I *in fine*) constitu-

(102) El art. 7.1. CR prevé que “*para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas [de policía], se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación de su inaplicación*”. En el caso de un arbitraje internacional, estos criterios legales deben interpretarse defendiendo la libre disposición de las partes, que únicamente cede ante exigencias de auténtica política pública transnacional y el deber de los árbitros de garantizar la ejecutividad de su decisión.

yen “*normas jurídicas elegidas por las partes*”, conforme a las cuales “*los árbitros decidirán la controversia*” (art. 34.1 LA).

El principal problema que plantea este tipo de acuerdo es el de la prueba de las reglas precisas que los árbitros han de aplicar. El principio “*iura novit curia*” no encuentra aplicación y corresponde a la parte probar la existencia de una determinada regla. Prueba que plantea los mismos problemas que la de la costumbre o los usos del comercio en derecho interno: la parte que alegue deberá amasar un conjunto de sentencias judiciales, laudos arbitrales y opiniones doctrinales y de peritos que corroboren la regla. Esta tarea, cargada de dificultades, se ha visto facilitada por dos codificaciones: la “Lista de principios, reglas y estándares de la *lex mercatoria*” preparada por CENTRAL y los Principios de Contratos Comerciales Internacionales aprobados por Unidroit.

El Center for Transnational Law de la Universidad de Münster ha preparado un listado de 78 reglas, que cubren todos los aspectos de la *lex mercatoria*, con un enunciado y una indicación de las fuentes que avalan su existencia (103).

Unidroit es una institución intergubernamental, reestablecida en 1940 sobre la base de un Tratado multilateral. En 1994 publicó sus “Principios Unidroit de Contratos Comerciales Internacionales” —la última versión es del año 2004. El contenido, la estructura y el estilo de los Principios son similares a la parte general de obligaciones y contratos de un Código civil continental.

La finalidad de los Principios viene claramente definida en su Preámbulo: las partes pueden convenir su aplicación en contratos internacionales, y en este caso devienen obligatorios (*ex lege contratus*). Los tribunales y los árbitros las “*pueden*” aplicar, cuando el acuerdo de las partes es que “*sus contratos se rijan por principios generales del derecho, por la lex mercatoria o similares*”, cuando “*devenga imposible establecer la norma concreta del derecho aplicable*” o cuando sea necesario “*interpretar o suplementar legislación uniforme internacional*”.

(103) La lista puede verse en [www.tldb.de](http://www.tldb.de); sobre su origen y compilación, cfr. Berger, n. 89, pág. 213, que, por cierto, cita como uno de los precedentes de su empeño el *Libro del Consulado del Mar* de Barcelona; el sistema de listas no está exento de críticas; cfr. GAILLARD: “The Transnational Law: A legal System or a Method of Decision Making”, en *Arbitration International* (2001), pág. 17.

Es imposible encuadrar los Principios Unidroit —una codificación privada de Derecho Civil, aprobada por una institución intergubernamental— dentro de las fuentes tradicionales del Derecho. Los Principios no son ni tratado, ni recopilación de usos (104) ni condiciones generales de la contratación. En realidad, son una fuente de derecho transnacional, un ejemplo —quizá el más ampliamente aceptado— de la creciente tendencia a codificar la *lex mercatoria* (105).

### C) Decisión en equidad

Las partes finalmente pueden prever en el convenio arbitral que los árbitros decidan en equidad (106) —para lo que hace falta pacto expreso (107). En ausencia de él, los árbitros carecen de esta potestad.

Que el arbitraje sea de equidad no quiere decir que quede totalmente desligado de un sistema de fuentes: el acuerdo de autorización debe venir unido a un pacto en virtud del cual las partes determinen las normas jurídicas que han de servir de sustrato a la decisión (sea el ordenamiento de un Estado o la *lex mercatoria*). En ausencia de pacto expreso, serán los propios árbitros los que determinarán las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia (art. 34.2 in *fine* LA).

¿Qué impacto tendrá que las partes autoricen a los árbitros a decidir en equidad? Los límites precisos de esta autorización —para la que no existe equivalente en el ámbito del Derecho procesal— dista de ser preciso. Por ello es más fácil contestar a esta pregunta resaltando aquellos aspectos en los que los poderes de los árbitros no resultan modificados:

(104) No todas las artículos de los Principios cumplen las exigencias tradicionales para la existencia de un uso: *repetitio* y *opinio iuris*, aunque sí es posible que algunos lo hagan; para un análisis más detallado, con jurisprudencia, cfr. Fernández-Armesto, n. 89.

(105) La recepción de los Principios Unidroit ha sido muy positiva y existe un número importante de laudos arbitrales internacionales que los invocan.

(106) “*Amigables componedores*”, “*ex aequo et bono*” son términos equivalentes usados en el art. 28.3 LM.

(107) Art. 34.1 LA, art. 42.3 CW.

- los árbitros “*en todo caso decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato*” (art. 34.4. LA); por lo tanto, les está vedado desconocer el contrato, mitigando los derechos y obligaciones creados por las partes o sustituyendo las cláusulas pactadas por otras (108);
- el laudo tiene que estar debidamente motivado (109);
- el procedimiento debe atenerse a los mismos principios de igualdad, audiencia y contradicción aplicables también al arbitraje de derecho (110);
- los árbitros no pueden desatender las leyes imperativas que resulten de aplicación;
- el régimen de aplicación de las leyes de policía es el mismo descrito *supra* para los arbitrajes de derecho.

En realidad, el arbitraje de equidad lo que permite es que los árbitros den a las normas una interpretación flexible y antiformalista (más allá, o incluso en contradicción, con las decisiones de la jurisprudencia) y valoren la prueba conforme a su leal saber y entender, muy especialmente en materia de daños y perjuicios.

A primera vista podría parecer atractivo otorgar este tipo de poderes a los árbitros. En realidad no es así. La estricta aplicación de la ley dota al arbitraje de un elemento de previsibilidad, que la equidad se encarga de difuminar. En un arbitraje de derecho, las partes podrán dudar de cuál es la recta interpretación de la ley o cuál es la realidad fáctica que resultará probada. Pero una vez determinados estos extremos, los efectos jurídicos no son discrecionales, no dependen del personal sentido jurídico del árbitro y por lo tanto son económicamente previsibles. Esto permite que durante el arbitraje las partes estén continuamente valorando el resultado económico previsible del arbitraje, y frecuentemente mantengan conver-

(108) Desviarse gratuitamente del principio *pacta sunt servanda* es todo menos equitativo.

(109) Art. 37.4 LA: el que el arbitraje sea de equidad no implica una renuncia implícita a la necesidad de motivación.

(110) El art. 24 LA no establece excepción para el arbitraje de equidad.

saciones buscando una transacción. Todo este proceso se desdibuja en el arbitraje de equidad, y por eso en la práctica internacional es una opción raramente pactada y poco recomendable.

### 5.2. Elección por los árbitros de las normas jurídicas aplicables al fondo

Ocurre con alguna frecuencia que las partes no incluyen en su contrato referencia alguna al derecho aplicable al fondo —en ocasiones por olvido, más frecuentemente por incapacidad de llegar a un acuerdo.

Históricamente, en estos casos la ley obligaba a los árbitros a determinar el ordenamiento jurídico más apropiado a las circunstancias bien directamente (“*voie directe*”) bien en base a las normas de conflicto de leyes que estimaran aplicables (111).

En este punto, la Ley de Arbitraje actual vuelve a ser innovadora al permitir que, en ausencia de pacto, los árbitros apliquen “*las normas jurídicas ... que estimen apropiadas*”. Los árbitros tendrán pues la posibilidad de elegir uno o varios ordenamientos jurídicos, o, si lo estiman más apropiado, la *lex mercatoria* o reglas comunes del comercio internacional. Si se decantan por un ordenamiento, no estarán vinculados por ninguna norma de conflicto (y en especial por la de la sede del arbitraje), sino que podrán elegir libremente la ley “*apropiada*”. Según las circunstancias, ésta podría ser la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato, pero también una ley neutral. Nada se opone, incluso, a que se inclinen por un *dépeçage*. Alternativamente, son libres de elegir la *lex mercatoria*, en su forma más tradicional de principios abiertos, o en la más moderna de codificaciones privadas (Unidroit, CENTRAL ...).

Es indudable que la fórmula seguida por el legislador es de gran flexibilidad y muestra una notable confianza en que los árbitros ejercerán razonablemente los amplios poderes conferidos por la ley —en especial porque la decisión

(111) Cfr. art. 62 LA (1988), art. 7 CEA, art. 28.2 LM.

de los árbitros no puede ser objeto de revisión por los tribunales (112).

Aunque la Ley de Arbitraje permita a los árbitros elegir cualquier “*norma jurídica*” como derecho sustantivo e incluso la *lex mercatoria*, aún si las partes han omitido toda referencia a esta posibilidad, un uso inapropiado o poco meditado de estos poderes puede poner en riesgo la ejecutividad del laudo: en muchos países, con legislación menos avanzada que la española, pueden surgir dificultades para lograr el *exequatur* de un laudo basado exclusivamente en Derecho transnacional. Un buen ejemplo de este riesgo es el famoso caso Norsolor (113), en el que los árbitros, en ausencia de acuerdo sobre el derecho aplicable al fondo, basaron su laudo exclusivamente en *lex mercatoria*. La decisión fue anulada en primera instancia por el Tribunal de Apelaciones de Viena, aunque posteriormente fue confirmada por el Tribunal Supremo austriaco. El resultado fue similar en otro caso famoso, Compañía Valenciana de Cementos Pórtland c. Primary Coal, en el que los árbitros aplicaron *lex mercatoria*, su decisión fue puesta en duda, aunque finalmente fue confirmada por los Tribunales de Apelación y de Casación franceses (114). Sin embargo, también hay casos en los que la aplicación de la *lex mercatoria* es la única fórmula verdaderamente neutral para solucionar la controversia (115).

### 5.3. Las estipulaciones del contrato y los usos aplicables

El artículo 34.3 Ley de Arbitraje termina con la imposición de un doble deber a los árbitros: sea cual se la “*norma de derecho*” que apliquen, estén o no autorizados a decidir en equidad, los árbitros deberán en todo caso:

(112) Cfr. causas de anulación del laudo recogidas en el art. 41 LA.

(113) CCI n.º 3131; para un buen resumen, CRAIG/PARK/PAULSSON: *International Chamber of Commerce Arbitration* (2000), pág. 234.

(114) Para un resumen Fouchard/Gaillard/Goldman, n. 28, pág. 880.

(115) Para un ejemplo, véase el laudo parcial dictado en el arbitraje 117/1999 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, citado en n. 89; las partes eran china y luxemburguesa; el contrato firmado en China, carecía de prestación característica; el lugar del arbitraje era Estocolmo; el tribunal se decantó por aplicar como “*normas de derecho*” los Principios Unidroit y subsidiariamente el derecho sueco.

- decidir con arreglo a las estipulaciones del contrato,
- teniendo en cuenta los “*usos aplicables*”.

Esta regla resulta de aplicación tanto si el arbitraje es interno como si es internacional (116).

La imposición legal, exigiendo a los árbitros que decidan con arreglo a las estipulaciones del contrato, realmente añade poco: donde quizá tenga más trascendencia es en los arbitrajes de equidad, pues precluye que en estos casos los árbitros puedan mitigar los efectos del contrato o novar lo pactado. Por lo demás la obligación de *pacta sunt servanda* constituye el primero de los principios de la *lex mercatoria* y del derecho contractual español, y todo árbitro que no lo tomara en consideración estaría incumpliendo su mandato.

La Ley de Arbitraje también obliga a los árbitros a que tengan en cuenta los “*usos aplicables*”. La referencia a los “*usos aplicables*” no remite a las reglas comunes del comercio internacional que forman parte de las “*normas jurídicas*”, sino a los usos del comercio interno, fuente de derecho en el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación.

De ser aplicable el ordenamiento español, los usos del comercio “*observados generalmente en cada plaza*” deberán ser tenidos en cuenta “*en defecto*” de ley mercantil (117). Su naturaleza es puramente dispositiva y subsidiaria. En la práctica internacional, la relevancia es mínima —unas veces al ser excluidos por las minuciosas estipulaciones convenidas por las partes, otras al haber sido sustituidos por regulaciones legales expresas.

## 6. EL PROCEDIMIENTO

La primera cuestión a abordar es la determinación de la normativa aplicable al procedimiento en un arbitraje internacional (6.1). De ser relevante el derecho español, la Ley de

(116) El art. 34.3 LA está copiado literalmente del art. 33.3 LM.

(117) Art. 2 C. de c., que prevé que subsidiariamente se aplicará el Derecho común; el art. 50 C. de c., sin embargo, exceptiona de esta regla los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y capacidad a los contratos mercantiles.

Arbitraje no contiene especialidades significativas, aunque sí algunas peculiaridades en materia de nombramiento de árbitros, de duración del procedimiento y de plazos para pedir la corrección, aclaración y complemento del laudo (6.2).

### 6.1. Ley aplicable al procedimiento

La ley aplicable al procedimiento arbitral puede ser, y en la práctica frecuentemente es, diferente de las normas jurídicas que los árbitros han de aplicar al fondo (118). Ya el artículo 2 del Protocolo de Ginebra de 1923 estableció que “*el procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del Tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje*”. La misma idea subyace en el artículo V.1.d) Convenio de Nueva York, que permite denegar el exequátur si el procedimiento ha violado el acuerdo de las partes o la *lex fori*. El artículo 25 Ley de Arbitraje recoge la misma idea, al establecer que “*las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*”.

En los arbitrajes administrados, las partes invariablemente pactan someterse a los reglamentos de la institución arbitral (cuya validez es reconocida por el art. 15.1 LA). Estos reglamentos contienen una regulación pormenorizada del desarrollo procesal. En los arbitrajes *ad hoc* es frecuente la sumisión a un Reglamento aprobado por CNUDMI/UNCITRAL para estas situaciones (119). En ocasiones, las partes, adicionalmente, pactan reglas específicas para ciertos aspectos del procedimiento (120). Los pactos contenidos en la cláusula arbitral

(118) Un problema que se plantea con cierta frecuencia es el de delimitar el alcance de la norma aplicable al fondo frente a las normas de carácter procesal; el tema está tratado en el art. 10 CR, en virtud del cual la ley aplicable al fondo rige también la interpretación, el cumplimiento, la evaluación del daño, la extinción, la prescripción y otros modos de extinción y las consecuencias de la nulidad.

(119) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, aprobado por la Resolución 31/98, Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1976.

(120) P.e., los “*IBA Rules on the taking of evidence in International Commercial Arbitration*”, aprobados por la International Bar Association para regular el desarrollo de la prueba.

frecuentemente son complementados o desarrollados durante la fase previa al inicio del procedimiento o durante su desarrollo. En esta fase es habitual que las partes alcancen acuerdos concretos sobre los trámites, plazos y formas de realizar las actuaciones procesales.

El pacto entre las partes es pues el principio rector supremo del procedimiento —ante él ceden incluso las potestades de los árbitros, pues de acuerdo con el artículo 25.2 Ley de Arbitraje éstos únicamente tienen facultades para “*dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado*” “*a falta de acuerdo*”. La gran ventaja del arbitraje es precisamente que demandante y demandado son los dueños del proceso, y pueden, de mutuo acuerdo, adaptarlo a sus específicas necesidades (121). La anterior conclusión tiene una excepción: los árbitros no están obligados a aceptar pactos que constituyan violaciones de normas procedimentales imperativas, pues si lo hicieran, el laudo podría ser anulado judicialmente (122) —y la obligación principal del árbitro es garantizar la validez de su laudo.

En defecto de acuerdos entre las partes, los árbitros ejercerán de su potestad de “*dirigir el arbitraje del modo que consideren más apropiado*” (art. 25.2 LA); si la sede del arbitraje está en España, aplicarán subsidiariamente los preceptos generales de naturaleza procesal contenidos en la Ley de Arbitraje (123).

Existe además un área en el que la aplicación de la *lex fori* no puede ser excluida: se trata de las normas procesales de carácter imperativo, que tienen que ser respetadas por las partes y los árbitros, so pena de nulidad del laudo (art. 41.1.d) LA). Ahora bien, estas normas procesales imperativas son en general muy escasas. En nuestro ordenamiento, la ley expresamente solo se refiere a una: el artículo 25.1. Ley de

(121) Contra, sin embargo, GUZMÁN FLUJA, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, n. 26, pág. 929 que pretende restringir la libertad de pactos tras el comienzo del proceso.

(122) Cfr. art. 41.1. d) que se refiere expresamente a la violación de “*norma imperativa*” de la LA como supuesto de nulidad.

(123) Según establecen el art. 2 Protocolo de Ginebra de 1923 y art. V.1. d) CNY. Nótese que la aplicación subsidiaria se refiere a la LA, no a la LEC; las reglas procesales de la LEC, pensadas para procesos judiciales internos, no son aplicables, ni por analogía, en los arbitrajes internacionales.

Arbitraje limita la libertad de las partes para convenir el procedimiento a que lo hagan “conforme a lo dispuesto en el artículo anterior”; y el artículo anterior establece “los principios de igualdad, audiencia y contradicción”: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” (art. 24.1 LA) (124).

¿Existen otras normas procesales de carácter imperativo en Derecho español?

En primer lugar, la Ley de Arbitraje contiene una serie de preceptos, que son concreción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, y que por lo tanto tampoco pueden ser modificados por acuerdo entre las partes. Entre ellos están los siguientes:

- la intervención judicial, en todos aquellos casos en los que la Ley lo prevea (y en especial, la renuncia a ejercer la acción de nulidad);
- la creación de nuevos supuestos de intervención judicial, más allá de los previstos en el artículo 7 Ley de Arbitraje;
- la renuncia tácita a las facultades de impugnación prevista en el artículo 6 Ley de Arbitraje;
- la igualdad en el procedimiento de elección de árbitros (art. 15.2. LA);
- la exigencia de que los árbitros sean y permanezcan independientes e imparciales, y la posibilidad de recusación en caso de dudas justificadas (art. 17 LA) (125);

(124) El tenor literal del art. 25.1 exceptúa de la libertad de pacto todo el art. 24, incluyendo su párrafo 2, que regula la confidencialidad de la información que se obtenga a través del arbitraje; la interpretación literalista debe rechazarse, pues no existe inconveniente alguno en que las partes pacten limitar o excluir la confidencialidad del arbitraje.

(125) Las partes sí pueden aceptar que un determinado hecho no constituye motivo para dudar de la imparcialidad del árbitro, y pueden renunciar a recusarle por esa causa; lo que no cabe es una renuncia general al requisito de independencia o imparcialidad, ni a la posibilidad de recusación.

- la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia en virtud del artículo 22 Ley de Arbitraje (pues esta competencia está íntimamente imbricada con los poderes y prohibiciones de intervención judicial en el arbitraje);
- el derecho de las partes a ser citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y a intervenir en ellas (art. 30.2. LA);
- el traslado de todos los escritos y documentos a la contraparte, en los términos del artículo 30.3. Ley de Arbitraje.

En segundo lugar, existen ciertos requisitos relativos al laudo, que son imprescindibles para su existencia y validez. Se trata de su forma escrita, de la firma de los árbitros, de la posibilidad de votos disidentes, de la indicación del lugar y la fecha, de la emisión dentro de plazo, así como de la necesidad de su notificación y de la posibilidad de las partes de pedir correcciones, aclaraciones y complementos (arts. 37.2, 37.3, 37.5, 37.7 y 39). Las partes pueden modular estos requisitos (p.e., estableciendo la posibilidad de firma electrónica o ampliando los plazos para pedir correcciones), pero no los pueden excluir por pacto, so pena de desnaturalizar el laudo y privarle de sus efectos jurídicos. Tampoco se puede excluir por pacto el principio que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo conllevará la terminación de las actuaciones —lo que sí se puede convenir es la forma y el momento en que se entiende expirado el plazo (126).

Fuera de estas dos categorías, no existen normas imperativas de carácter procesal en el Derecho arbitral español, que actúen como barreras a las facultades de libre disposición de las partes.

(126) Las partes podrían, p.e., pactar que para que el plazo se considere expirado debe mediar denuncia escrita de una de las partes y haber transcurrido un plazo de gracia en el que los árbitros aún pueden dictar el laudo.

## 6.2. Especialidades procesales del arbitraje internacional

La Ley de Arbitraje prevé únicamente muy ligeras especialidades procesales aplicables a arbitrajes internacionales con sede en España. Éstas afectan a la designación de los árbitros (A), a la duración del procedimiento (B) y a los plazos para pedir la corrección del laudo (C).

### A) La designación de los árbitros

Un problema específico que se plantea en los arbitrajes internacionales es el de la nacionalidad de los árbitros. Su independencia e imparcialidad puede, al menos aparentemente, quedar cercenada, si el árbitro único o el presidente comparten la nacionalidad de alguna de las partes. Esta es la razón por la que un buen número de reglamentos arbitrales establecen el principio general que el árbitro dirimente será de una nacionalidad distinta a la de las partes (127).

La Ley de Arbitraje en esta materia no ha seguido un modelo tan exigente, sino que ha reproducido la solución de la Ley Modelo, con alguna ligera adaptación por razón de la tradicional exigencia española de que los árbitros en derecho sean abogados en ejercicio. La regulación española se concreta en tres preceptos:

En primer lugar, el artículo 13 Ley de Arbitraje *in fine* establece que la nacionalidad de una persona “no es obstáculo” para que actúe como árbitro. La regla implica que todo extranjero puede actuar como árbitro en España, tanto en arbitrajes internos como internacionales, siempre que sea persona natural y se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles (como exige el propio art. 13 LA en su inicio). El mismo criterio ya había sido anticipado por el art III Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (128) y por los artí-

(127) Art. 9.5 Regl. CCI, art. 6.1. LCIA Rules.

(128) “Los súbditos extranjeros podrán ser nombrados árbitros”.

culos 27 C.c. y 13 CE (129). Pero el artículo 13 Ley de Arbitraje tiene una segunda implicación: no existe obstáculo en Derecho español, a que en un arbitraje internacional el árbitro dirimente sea de la misma nacionalidad que una de las partes (o que en un tribunal arbitral varios árbitros sean de la misma nacionalidad). Las exigencias de independencia e imparcialidad que impone el artículo 17 Ley de Arbitraje no se incumplen, por el simple hecho de la coincidencia de nacionalidad (130).

En segundo lugar, el artículo 15.6. Ley de Arbitraje, también inspirado por la Ley Modelo, ofrece una recomendación al juez español al designar árbitro. La Ley de Arbitraje prevé que sea el juez quien ejerza esa función cuando no sea posible hacerlo a través del procedimiento pactado entre las partes (art. 15.3. LA). Para ello deberá confeccionar una lista con tres candidatos por puesto a cubrir, eligiéndose dentro de ella por sorteo. Al confeccionar la lista, el juez “tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad” y “tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados”. Es de resaltar que en este último punto la ley recomienda, pero no impone: el juez puede nombrar a un árbitro de la misma nacionalidad que las partes o los co-árbitros, siempre que la independencia e imparcialidad estén garantizadas; sin embargo, la ley le recuerda que, en circunstancias normales, lo “conveniente” es que sean de distinta nacionalidad. La Ley de Arbitraje otorga a los jueces una gran libertad: es de esperar que los tribunales sepan administrar los poderes conferidos con responsabilidad, y por regla general se atengan a la sabia recomendación del legislador (131).

(129) Cfr. MARTÍ MINGARRO: “Comentario al art. 13”, en AAVV: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, n. 31, pág. 143.

(130) Nótese que el art. 13 LA se limita a decir que la nacionalidad “no es obstáculo” para la actuación como árbitro; la nacionalidad común, sin embargo, puede ser un indicio que, junto a otros, den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro.

(131) Sería un muy flaco favor al éxito del arbitraje internacional en España si los tribunales sistemáticamente nombraran a árbitros dirimientes españoles, cuando una de las partes también lo sea.

Aunque el artículo 14.6. Ley de Arbitraje está dirigido a los jueces, su recomendación debe aplicarse también, si cabe con aun mayor énfasis, a aquellos supuestos en los que la designación del árbitro dirimente sea realizada por una institución arbitral española, a cuyo reglamento se hayan sometido las partes.

En tercer lugar, el artículo 15.1. Ley de Arbitraje exime al arbitraje internacional de un requisito tradicional de capacidad para ser árbitro en España: en los arbitrajes internos de derecho, y salvo acuerdo de las partes, los árbitros deben ser “*abogados en ejercicio*”. Los arbitrajes internacionales, en todo caso, están exentos de esta exigencia (132).

### B) Duración del procedimiento

Una de las especialidades más características del arbitraje interno español ha sido la brevedad de los plazos para dictar laudo y el carácter fulminante y preclusivo de su incumplimiento. La Ley de Arbitraje 1988 otorgaba a los árbitros un plazo de seis meses para dictar laudo, transcurrido el cual el convenio arbitral quedaba sin efecto; además ese plazo era improrrogable, salvo acuerdo de ambas partes (art. 30.1. LA 1988). La nueva Ley de Arbitraje (art. 37.2.) mantiene el mismo espíritu, con pequeñas matizaciones. El plazo sigue siendo de seis meses (aunque ha cambiado el *dies a quo*), las prórrogas siguen precisando de acuerdo entre ambas partes, con la excepción de que, por decisión motivada, los árbitros por sí solos pueden prorrogar el plazo, pero únicamente por un periodo no superior a dos meses. La Ley de Arbitraje sigue manteniendo los tradicionales efectos preclusivos y draconianos para casos de incumplimiento del plazo: expirado éste sin que se haya dictado laudo definitivo, los árbitros cesan, las actuaciones arbitrales terminan *ex lege* y los árbitros incurrir en responsabilidad. El efecto se produce de forma automática,

(132) No alcanzándoles por lo tanto la discusión si los “*abogados en ejercicio*” incluye únicamente a los españoles o también a los extranjeros; para una crítica de esta exigencia, cfr. ALONSO PUIG, en AAVV: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, n. 31, pág. 158.

sin que la ley exija la denuncia ni prevea ningún periodo de gracia (133).

La brevedad de los plazos y su carácter preclusivo son generalmente considerados como una virtud del arbitraje interno español, pues permiten a las partes conocer de antemano cuánto ha de mediar hasta la resolución de la controversia (134). El sistema, sin embargo, no es apropiado para el arbitraje internacional, donde las distancias entre las partes, las diferencias de idioma y de sistemas jurídicos y las complejidades técnicas de la mayoría de las controversias, exigen plazos más dilatados y mucho más flexibles (135). Buena prueba de ello es que la Ley Modelo no contiene regla alguna limitando la duración del procedimiento, dejando que este aspecto se pacte entre las partes o se determine por los propios árbitros, y que los reglamentos de las principales instituciones arbitrales internacionales prevén regímenes de gran flexibilidad. Así el artículo 24 Reglamento CCI prevé un plazo de seis meses para dictar el laudo, pero a continuación permite que la Corte de Arbitraje (no los propios árbitros) prorroguen dicho plazo, a solicitud motivada del colegio arbitral o incluso de oficio. Los Reglamentos de la LCIA y de CNUDMI/UNCITRAL por el contrario, no fijan plazos máximos para dictar el laudo. El artículo 22.1 b) Reglamento LCIA incluso permite que los propios árbitros prorroguen cualquier periodo temporal fijado en el convenio arbitral para la sustanciación del procedimiento.

¿Cómo ha de enjuiciarse la validez y eficacia de estos Reglamentos arbitrales a la luz del artículo 37.2. Ley de Arbitraje? El principio rector fundamental en toda esta materia es el de la libre disposición por las partes. El artículo 37.2. comienza precisamente excepcionando su propia aplicación, “*si las partes no hubieran dispuesto otra cosa*”. Las partes pueden extender o prorrogar los plazos previstos en la ley, o incluso pactar un arbitraje de duración indefinida.

(133) El régimen es dispositivo, y puede ser modificado en el convenio arbitral o a través del Reglamento de la institución arbitral.

(134) HIERRO HERNÁNDEZ-MORA/HINOJOSA SEGOVIA, en AAVV: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, n. 31, pág. 393.

(135) Cfr., p.e., REDFERN/HUNTER: *Law and Practice of international Arbitration* (1999), pág. 393, que abogan por la inexistencia de límites temporales fijos.



La autorización de extensión o prórroga puede ser otorgada personalmente por las partes, pero éstas también pueden autorizar a los árbitros o a la institución arbitral a que lo hagan (136) (como ocurre en los arts. 24 Regl. CCI o 22.1.b) Regl. LCIA) (137).

El pacto estableciendo la duración indefinida no tiene por qué ser explícito. En el arbitraje internacional la duración indefinida es la regla, y los plazos preclusivos la excepción. Si las partes se someten a un Reglamento arbitral que no establezca expresamente un plazo para dictar laudo (como p.e., el Regl. CNUDMI/UNCITRAL, el Regl. LCIA o el Regl. AAA), por ese hecho las "*partes [han] dispuesto otra cosa*" a efectos del artículo 37.2 Ley de Arbitraje, y por lo tanto el plazo de seis meses previsto en ese precepto, y su sistema de prórrogas, no resultan de aplicación.

### C) Plazos para pedir la corrección del laudo

El artículo 39 Ley de Arbitraje prevé un sistema de corrección, aclaración y complemento del laudo, claramente inspirado en el artículo 33 Ley Modelo. El legislador español, sin embargo, decidió acortar significativamente los plazos contenidos en la Ley Modelo, reduciéndolos de 30 a 10 días, y de 60 a 20 días. Estos plazos tan breves no son apropiados para el arbitraje internacional, en los que la lejanía de las partes, la diferencia de idiomas y la complejidad de las materias claramente exigen periodos superiores. Por eso, el artículo 39.5 Ley de Arbitraje contiene una regla especial, aplicable únicamente a los arbitrajes internacionales:

(136) Así lo permite expresamente el art. 4 a) LA, al establecer que cuando una disposición de la ley "*deje a las partes la facultad de decidir libremente ... esta facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esta decisión*".

(137) La validez de este tipo de autorizaciones en Derecho español no ofrece duda alguna; la misma conclusión han alcanzado los tribunales franceses —cfr. Fouchard/Gaillard/Goldman, n. 28, pág. 754.

- el plazo para solicitar la corrección, aclaración o complemento es de un mes desde la notificación del laudo (138);
- el plazo de los árbitros para resolver, será de un mes para las solicitudes de corrección de errores y de aclaración y de dos meses para las de complemento; este plazo empezará a correr desde que finalice el trámite de audiencia que, de acuerdo con el artículo 39.2 Ley de Arbitraje, los árbitros han de conceder a la contraparte (139).

La posibilidad de que las partes soliciten la corrección, aclaración y el complemento del laudo es una cuestión de derecho procesal imperativo, que no puede ser excluida por acuerdo. Sin embargo, todos los aspectos procedimentales y todos los plazos previstos en el artículo 39 Ley de Arbitraje son libremente disponibles y pueden ser modificados por pacto entre las partes —incluyendo a través del Reglamento de la institución arbitral (140).

(138) Contra MONTERO MURIEL, en AAVV: *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*, n. 71 pág. 379, que, basándose en el apartado VII, X de la EdM, entiende que el plazo de un mes no es aplicable a la solicitud; la oscuridad de la EdM frente a la claridad del artículo, aconsejan desechar esta interpretación restrictiva.

(139) Esta es la interpretación razonable del precepto, que en este punto no es demasiado claro; el plazo de los árbitros para decidir no puede empezar a correr hasta que no hayan oído los argumentos de la contraparte; de otra opinión, al parecer, BARONA VILAR, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, n. 26, pág. 1324.

(140) El art. 29 Regl CCI prevé la posibilidad de corrección e interpretación del laudo y establece un procedimiento y unos plazos, que prevalecen sobre los del art. 39 LA; el Regl. CCI, sin embargo, no prevé la posibilidad de solicitar el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas; si el arbitraje tiene su sede en España, las partes podrán presentar tal solicitud, que se tramitará aplicando por analogía los trámites y plazos del art. 29, Regl. CCI.