

## «EL ARBITRAJE EN ESPAÑA»

Silvia Barona Vilar<sup>1</sup>

### I.- Cuestiones Previas

**E**l arbitraje es una institución consagrada históricamente como una de las fórmulas heterocompositivas de solución de los conflictos jurídicos, caracterizada por la intervención de un tercero, que impone la solución al litigio suscitado, siendo asumida por las partes afectadas por el mismo. De este modo, a través del arbitraje uno o varios árbitros, nombrados *ad hoc* o bien institucionalmente resuelven el conflicto jurídico planteado a través del laudo arbitral, que es aceptado por quienes en su momento decidieron, mediante el convenio arbitral, someterse a la decisión asumida por los árbitros.

La regulación legal del arbitraje se encuentra en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, Ley Arbitral (LA), que en el momento de su promulgación supuso el intento de revitalizar una institución con claro raigambre histórico en nuestro sistema, al tratar de significar un importante avance respecto de la legislación anterior. Anteriormente, la Ley de 22 de Diciembre de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en sentido estricto, no sirviendo en la práctica para solucionar "mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional", como

señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

Las dificultades en la actualidad para considerar el arbitraje como un medio ágil de resolución de conflictos permanece también con la Ley de Arbitraje de 1988, pues si bien en la actualidad en España el sistema arbitral funciona, no lo es por el arbitraje común de la Ley de 1988 sino más bien como consecuencia de la aplicación de los denominados arbitrajes especiales. Perdura, tras la regulación de 1988 un cierto escepticismo por parte del Estado respecto de la viabilidad de la institución arbitral, y se intercalan numerosas intervenciones judiciales, que permiten controlar e intervenir en la institución arbitral, no sabemos si con la pretendida intención de favorecer el arbitraje o, por el contrario, de controlar un cauce de resolución de los conflictos no estatal.

A todo ello habría que añadir que la Ley de 1988 deja numerosas cuestiones sin resolver, no abriéndose tampoco el cauce posible de la integración de la institución arbitral en nuestro sistema procesal, de manera tal que allá donde el legislador no resuelve se permitiese el acceso al ordenamiento jurídico procesal sin problemas de interpretación. Volveremos sobre este tema al analizar algunas cuestiones no resueltas en la Ley de Arbitraje de 1988, que requieren soluciones integradoras no amparables a través de la ley arbitral.

<sup>1</sup> Prof. Dra. Catedrática de Derecho Procesal Universitat de València.

Atendida la situación político-jurídica actual en relación con el arbitraje la primera cuestión que surge es la referente a su naturaleza jurídica, que vamos a conectar, necesariamente, con el análisis histórico de la institución y con la perspectiva constitucional. Y en este sentido son ya numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se plantea la naturaleza jurídica del arbitraje, su configuración y encuadre con el derecho a la tutela judicial efectiva así como las posibles dudas de constitucionalidad que la regulación del mismo conlleva<sup>2</sup>.

La Constitución española de 1978 no se refiere expresamente al arbitraje en su articulado, lo que no impide que la podamos fundamentar constitucionalmente. Esta situación, sin embargo, no refleja la realidad política e histórica del país, dado que ya en la Constitución española de 1812 se recogía su fundamento constitucional. Así, el artículo 280 señalaba: "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes"; y el artículo 281 señalaba: "la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reserva-

do el derecho de apelar"<sup>3</sup>. Si éste sería el fundamento constitucional más inmediato, no podemos olvidar que estamos ante una institución existente y vigente en toda nuestra historia jurídica. Piénsese así que los "jueces avenidores", escogidos o puestos por las partes para librar la contienda entre ellas, ya quedaban referidos en Las Partidas<sup>4</sup>, siendo posteriormente denominados como jueces árbitros en la Constitución de 1812; pese a su terminología no son en sentido estricto verdaderos jueces, pero la función desempeñada, en cuanto dirimidores de los conflictos jurídicos suscitados, lleva a tomar esta acepción respecto de los mismos. Pensemos que en la Constitución de 1812 se acuñaba ya el monopolio judicial de la jurisdicción en el artículo 242 cuando señalaba que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales"; pero junto con este principio se refería a la posibilidad del arbitraje en los artículos 280 y 281 antes citados, y ello por cuanto la "exclusividad jurisdiccional de los árbitros se concebía dentro de la división de poderes, no con

<sup>3</sup> Tiene sentido ese fundamento constitucional si partimos del dato de que en la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 ya declaraba: "le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, en peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif".

<sup>4</sup> En la Partida III se distinguía entre jueces ordinarios, delegados y árbitros, definiendo a estos últimos como "judgadores de albedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes"; y en las leyes 23 a 35 venía a referirse a los avenidores o árbitros de derecho y los arbitadores o alvedriadores o comunales amigos, que tenían sentido en cuanto árbitros de equidad.

<sup>2</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional (TC) 43/1988, de 16 de marzo, BJC 1988-84, pp.

517 y ss; 233/1988, 2 de diciembre, BJC 1988-92, pp. 1590 y ss; 61/1991, 20 de marzo, BJC 1991-120, pp. 81 y ss; 288/1993, 4 de octubre, BJC 151 (1993), pp. 50 y ss; 174/1995, 23 de noviembre, BJC 176 (1995), pp. 32 y ss; 75/1996, 30 de abril, BJC 181 (1996), pp. 116 y ss; y 176/1996, 11 de noviembre, B.O.E. 17 de diciembre, entre otras; y los AATC 259/93 de 20 de julio, y el 326/1993 de 26 de octubre.

relación al arbitraje, que se consideraba un derecho connatural a la libertad<sup>5</sup>. Las constituciones sucesivas no se refirieron de manera expresa al arbitraje, si bien si lo hicieron respecto de la necesidad de mantener la exclusividad jurisdiccional respecto de los otros poderes del Estado.

En la actualidad el arbitraje encuentra su asidero constitucional en la libertad, en cuanto ésta es su fundamento y razón de ser. La Constitución establece que la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados (art. 117.3), lo que podría provocar una duda de constitucionalidad en cuanto existiesen órganos no jurisdiccionales que ejercieran la función de resolución de conflictos. La existencia de la institución arbitral implica claramente una fórmula diferente a la judicial que sirve a los fines resolutorios antes afirmados; su constitucionalidad se basa en la libertad, en la autonomía de la voluntad, en la disponibilidad de las materias que lleva a que se asuma la resolución del conflicto o la no resolución de éste (no acudiendo a ningún mecanismo ni órgano que resuelva el conflicto planteado) o bien eligiendo de entre las posibles, la vía que parezca más acertada a los intereses de los sujetos en conflicto. En cuanto estemos ante materias disponibles para las partes, esta disponibilidad juega tanto en la vía jurisdiccional (piénsese que los órganos jurisdiccionales no actúan de oficio en los procesos de carácter dispositivo sino tan sólo a instancia de parte)

como respecto de otros medios, como lo es el arbitraje<sup>6</sup>.

Atendida la doctrina constitucional hemos de partir de la afirmación de que la existencia del arbitraje no plantea dudas de constitucionalidad; la legalidad vigente es la que regula el arbitraje y los presupuestos para su admisibilidad y desarrollo. En ocasiones, por tanto, nos vamos a encontrar que se lleva al Tribunal Constitucional (TC)

<sup>6</sup> El ATC 259/93 de 20 de julio ha sido muy expresivo a los efectos del análisis constitucional del arbitraje, de manera que expresamente apunta: "Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del "juez", titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del "árbitro", desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese "casi" está el quid de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE) ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado, Sentencia de 23 de marzo

<sup>5</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, (con otros), Civitas, Madrid, 1990, p. 20.

cuestiones que van referidas a la legalidad, más no a la constitucionalidad del arbitraje. Así, piénsese que ha llegado a pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre la función y la naturaleza del juicio de nulidad, tanto el que venía regulado en la antigua Ley de 22 de diciembre de 1953 de arbitrajes de Derecho Privado, como el referente al recurso de anulación de la Ley de 1988, puesto que no es posible al órgano jurisdiccional que resuelve los mismos, corregir las deficiencias u o misiones, sino que tan sólo puede resolver y dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, no pudiendo discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto (SSTC 43/1988, 16 de marzo y 288/1993, de 4 de octubre, entre otras), sin que lo contrario implique vulneración de la tutela judicial efectiva.

El TC se ha pronunciado sobre el posible enjuiciamiento constitucional en relación con la interpretación de la actividad desempeñada en el ejercicio de las funciones arbitrales. De este modo, el Auto 259/93 de 20 de julio ya señalaba la imposibilidad de que el árbitro pudiera plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al ser reservada ésta exclusivamente a los órganos judiciales (art. 163 CE)<sup>7</sup>. Por su parte, tampoco parece el Tribunal Constitucional re-

ceptivo a admitir el recurso de amparo de manera clara y extensiva<sup>8</sup>.

Toda vez que admitimos con carácter general que el arbitraje es una institución con raigambre histórico constitucional expreso, que hoy se asienta constitucionalmente en la existencia del principio de libre elección a la hora de resolver las contiendas que legalmente puedan ser objeto de arbitraje (disponibles para las partes)<sup>9</sup>, y que,

---

<sup>7</sup> Sin perjuicio de que ésta sea la legalidad vigente, lo cierto es que no encontramos razones jurídicas que amparen esta situación, máxime cuando se le está atribuyendo a la decisión arbitral el mismo efecto de cosa juzgada que el que poseen las resoluciones judiciales. Ello significa que en caso de un arbitraje de derecho, fundado y motivado jurídicamente, no tiene demasiado sentido que no pueda plantear el árbitro o los árbitros las posibles dudas de constitucionalidad. Debería ser reconsiderada esta postura y con ello interpretar con el sistema arbitral y el procesal el artículo 163 de la Constitución, haciéndose extensiva esta posibilidad de solicitud de interpretación de las normas constitucionales también a los árbitros.

<sup>8</sup> La Sentencia del TC de 11 de noviembre de 1996: "...en el bien entendido de que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC) resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación de órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional".

---

de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS Sala tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)."

en base a esa disponibilidad que se plasma en el convenio arbitral, por el que las partes deciden someter su conflicto a la institución arbitral, surgió sin embargo, una cuestión que sí ha llegado ante el Tribunal Constitucional, planteándose su dudosa constitucionalidad y siendo ésta refutada por el citado Tribunal. Se trata del supuesto arbitraje impuesto con prescindencia de la voluntad de una de las partes. Planteado a propósito de la situación puntual del arbitraje especial en materia de transporte. La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 174/1995, de 23 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2, párrafo 1 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, según el cual: "Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario".

El artículo 38.2 establecía un arbitraje obligatorio para las controversias surgidas en relación con el contrato de transporte terrestre cuya cuantía no exceda de 500.000 ptas, pretendiéndose con el mismo fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales, obtener una mayor agilidad a la solución de

las controversias de menor cuantía; la manera de llevarlo a afecto quebranta la esencia misma de la tutela judicial efectiva, al tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para poder llegar a ejercer ante el órgano judicial una pretensión frente a ella<sup>10</sup>.

Consecuencia de la anterior resolución, el TC, en S.75/1996, de 30 de abril, vino a conceder el amparo al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto el demandante fue sometido a un procedimiento arbitral obligatorio, del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado

<sup>10</sup> La Sentencia citada señala: "Es evidente que un sistema como... el que se consagra en el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, resulta contrario... al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. ... La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución".

<sup>9</sup> Podríamos referirnos fundamentalmente a los artículos 33 y 38 en los que se acuña el reconocimiento del derecho de propiedad privada y el de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, expresiones ellas que, como apunta MONTERO AROCA, J. (Op. cit., p. 21), "tienen un sentido político determinado que relaciona el derecho con el sistema liberal capitalista de organización económica".

previamente su consentimiento para ello.

De todo lo anterior debemos concluir:

1º) El arbitraje tiene su sustento constitucional en la libertad, motor y fundamento de la institución (ATC 259/93, de 20 de julio), y en el principio de autonomía de la voluntad, convirtiéndose en el “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre).

2º) Lo anterior conlleva una convivencia pacífica con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no afectando la institución arbitral al ejercicio de tal derecho, siempre que ésta se asiente en los citados derechos de libertad y de autonomía de la voluntad, que se plasman en el convenio arbitral. No obstante la existencia de un arbitraje obligatorio, excluyente legalmente, de la tutela judicial sí que implica atentado constitucional frente a tal derecho, como lo ha puesto de manifiesto el TC en relación al arbitraje en materia de transporte del artículo 38.2, 1 de la LOTT.

En consecuencia, hay que partir de la idea que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta cauces como el ar-

bitraje, que responden a los mismos parámetros de la heterocomposición.

3º) No cabe la duda constitucional planteada por los árbitros al TC a través de la cuestión de inconstitucionalidad; tema sobre el que discrepamos.

4º) Cabe acudir al amparo planteado tras el laudo arbitral, pero tan sólo referido a las supuestas vulneraciones referidas a las actuaciones del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de anulación frente al laudo; de lo contrario, resulta extraño al ámbito y funciones del proceso constitucional de amparo cualquier cuestión que pueda suscitarse al hilo del laudo arbitral que ha recaído en el proceso arbitral correspondiente.

Atendidas las indicaciones del Tribunal Constitucional, queda sin embargo, por definir el arbitraje como aquella institución a través de la cual “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de “*juris dictio*”, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles” (ATC 326/1993, de 26 de octubre).

Frente a quienes mantuvieron en su momento la posición contractualista del ar-

bitraje, pensamos que si bien en su origen el arbitraje se asienta en la voluntad expresada a través del convenio arbitral (contrato, elemento contractualista, art. 5 LA), la institución en sí, en su desarrollo y progresión responde a los parámetros jurisdiccionales, máxime si se parte del principio general de que el laudo produce cosa juzgada (art. 37) y es título ejecutivo (art. 52), y teniendo en cuenta que en el procedimiento arbitral deben respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso (art. 21.1). Esta posición sirve a los efectos del intento de integrar el arbitraje en el sistema procesal civil español, de manera tal que en aquellas cuestiones que queden no resueltas por el legislador, pueden acogerse las pautas determinadas por el mismo proceso civil. De ahí que consideramos que no basta con afirmar que estamos ante un procedimiento arbitral sino que afirmamos la existencia de un verdadero proceso arbitral.

## II. Materias Arbitrables

El artículo 1 de la LA de 1988 va a determinar que el arbitraje sólo puede referirse a las materias sobre las que las personas tengan su libre disposición conforme a derecho, y el artículo 2 establecerá determinadas cuestiones que no tienen el carácter de arbitrables.

Si bien el principio general es el de entender arbitrables las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de libre disposición conforme a derecho, no es viable una enumeración de las mismas. Sin embargo, se pueden fijar algunos principios generales a la hora de delimitar tales cues-

tiones. Se debe hacer referencia a dos conceptos que durante mucho tiempo han venido referidos al arbitraje y a la exclusión de materias arbitrables que pudieran afectar a los mismos, cuales son el orden público y las denominadas normas de *ius cogens*.

Como principio general habrá que partir de la afirmación de que no son materias dispositivas ni disponibles para las partes las que afectan al orden público, entendido éste en el sentido de aquellas que por su configuración pertenecen a ese sector del ordenamiento jurídico que el Estado quiere proteger. Los problemas se derivan de la falta de concreción del concepto de orden público y de la inexistencia de norma que nos diga realmente en qué casos es posible acudir al arbitraje y en qué casos no. Partiendo del principio general de que las materias de derecho público no pueden someterse a la institución arbitral, habrá que delimitar aquellas que, dentro de la esfera del derecho privado, no inciden en la estructura del Estado, en cuanto a éste le interesa su protección y su control.<sup>11</sup> Sólo desde esa órbita es posible entender el término "orden público", que, en ningún caso es equivalente a norma de *ius cogens*, dado que los

<sup>11</sup> No debemos olvidar que existen materias en las que el Estado tiene interés por afectar el orden socioeconómico, pero ello no significa que no quepa arbitraje sino que éste queda delimitado en relación con aquellas materias sometibles al mismo. A título de ejemplo podemos citar el campo jurídico del derecho societario. En realidad se trata de someter a los árbitros, si un acto o acuerdo social es contrario a la ley, se opone a los Estatutos, atenta al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, o vulnera los intereses sociales del acuerdo social, sin determinar si supone una lesión a los intereses de los so-

árbitros si pueden entrar a decidir supuestos, conflictos o situaciones que vienen amparadas por las normas imperativas, no así aquellos sectores del ordenamiento jurídico que van a estar referidos al orden público<sup>12</sup>.

Es evidente que detrás de ese interés del Estado por proteger lo que ha venido denominándose como organización del Estado, vamos a encontrar materias que van desde el orden social público (las referentes a la familia, a la capacidad, a la extranjería...), pasando por las referidas al orden económico público (el Derecho de la competencia, normas laborales, o el propio Derecho comunitario...), hasta desembocar en el orden político en su sentido más estricto (normas constitucionales, políticas, administrativas, fiscales...). Todas ellas pertenecen a ese sector del ordenamiento jurídico que el Estado ha recabado para sí su integración, su configuración y, sobre todo, su control. La regulación que de las mismas se haga puede variar, pero lo que en ellas se estructura es algo que preocupa al Estado, de ahí que escape del ámbito de la arbitrabilidad.

cios que ejercitan la acción, lo que se trata de materias disponibles. En este sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 13 de junio de 1994 (RCEA, 1994, p. 247), añadiendo que la Ley de Responsabilidad Limitada no excluye la posibilidad de someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales y que la ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985 admite expresamente en su art. 35.2 que toda impugnación de acuerdos sociales pueda ser objeto de conciliación y arbitraje.

<sup>12</sup> Sobre este punto puede verse MUÑOZ SABATÉ, L., La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas, en "Arbitraje, mediación, conciliación", CGPJ, Madrid, 1995, p. 202.

En todo caso, no existe una norma que así nos lo diga sino que responde a la concepción que va acuñándose poco a poco a través de la jurisprudencia.

Esa concepción cada vez menos restringida, tendente hacia una mayor permisibilidad del arbitraje, ha venido en gran medida a potenciarse con las concepciones del arbitraje internacional<sup>13</sup>. Durante mucho tiempo la doctrina dominante hasta fechas relativamente recientes venía manteniendo que los árbitros no tenían posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones que afectasen al orden público; en la actualidad se mantiene que lo importante no es tanto que los árbitros juzguen asuntos que afecten al orden público en tanto que su decisión no contraríe aquél. Este giro conceptual se produjo como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo americano de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, que supuso la posibilidad del arbitraje internacional sobre Derecho antitrust.

Posición distinta a la anterior es la que mantiene la SAP de Barcelona de 19 de julio de 1995, que excluye la materia de competencia desleal (en general lo que ver-

<sup>13</sup> GOLDMAN, Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria, en "*Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*", Bâle, Francfort a.M., 1993, pp. 251-252; JAYME, E., L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, *Annuaire*, sesión Basilca, vol. 64, 1991, pp. 16-17; REQUEJO ISIDRO, M., Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional, RCEA, 1995, pp. 60-63; y con esta posición encontramos también el artículo 1.4 de los Principios del UNIDROIT.

se sobre la existencia o no del ilícito concurrencial) del conocimiento de los árbitros, al tratarse de materias que escapan del poder de disposición de los particulares, al estar vinculado a tal categoría jurídica no sólo “el interés privado de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado por el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado —como dice el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero— de modo que las cuestiones litigiosas relativas a tal tipo de ilícito, o inseparablemente unidas a ellas, no pueden ser válidamente sometidas a la decisión de árbitros —artículos I y 2.I.b) de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre— y, consecuentemente, el convenio arbitral carece de eficacia impeditiva de la cognición judicial” (RCEA, 1995, p. 326).

Sin embargo, la SAP de Madrid de 7 de noviembre de 1995 (RCEA, 1996, en prensa) considera que “aún de aceptarse... la tesis de ser el contrato principal nulo por ser contrario a la Ley de Competencia Desleal, ello no conllevaría la nulidad del convenio arbitral, ya que éste no es contrario a esa Ley de Competencia Desleal. Y nada impide que el arbitraje verse sobre un determinado efecto de esa relación jurídica nula, como la indemnización por daños y perjuicios”.

### III.- El Convenio Arbitral y sus efectos

Los artículos 5 a 11 de la Ley de Arbitraje nos van a marcar las pautas de la regulación del convenio arbitral.

Si partimos de la concepción acerca de la naturaleza del arbitraje que en su momento sostuvimos, aquí debemos reiterar que el nacimiento del arbitraje se produce de manera contractual a través del convenio arbitral. Éste ha pasado a sustituir la duplicidad existente en la Ley de 1953 (cláusula compromisoria y contrato de compromiso), adoptándose con ello el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico para el arbitraje comercial internacional al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificado por España el 29 de abril de 1977, y el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, ratificado por España el 5 de marzo de 1975.

Tratando de sintetizar las notas más significativas del convenio arbitral podemos señalar las siguientes:

1º) El convenio arbitral se asienta en los requisitos generales de la contratación civil (arts. 1261 y siguientes del CC) así como en los concretamente delimitados en la Ley de Arbitraje (art. 3.1). No olvidemos que el arbitraje se asienta en la “voluntad inequívoca” de sometimiento de la solución de la cuestión litigiosa por las partes a los árbitros, de manera que la falta de dicho elemento provoca la nulidad del convenio

Excepcionalmente será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o adminis-

tración de la herencia (art. 7). Se trata de un arbitraje impuesto a través del cual el causante trata de proporcionar a los herederos y legatarios un cauce rápido y ágil para la solución de los conflictos futuros, que puede confiar a personas es quienes tiene depositada su confianza<sup>14</sup>. El objeto de este arbitraje va referido a "cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia", aceptándose una interpretación amplia del tenor literal incluyéndose cuestiones que versaban sobre si alguien ha sido partícipe o no en ella, la proporción en que ha de participar, condiciones de participación...<sup>15</sup>

2º) El objeto del convenio arbitral es el que estudiamos respecto del arbitraje, de ahí que nos remitamos a los artículos 1 y 2 de la LA. Quizás podríamos aquí añadir que la cuestión litigiosa puede haber surgido ya, o, por el contrario, surgirá en el futuro. En todo caso, debe dejarse constancia en el Convenio la relación jurídica de la que surgen, y se exige no sólo una delimitación de la relación jurídica a partir de la cual se suscitan las controversias actuales o futuras sino que será necesario establecer la voluntad de obligarse a cumplir la decisión arbitral. Es posible que todo ello forme parte integrante de los contratos de adhesión, como dispone la L.A. en su artículo 5.2<sup>16</sup>.

3º) En cuanto a la forma del convenio arbitral, se sustituye la exigencia de la escritura pública del contrato de compromiso de los artículos 15 y 16.1 de la anterior Ley de 1953 por la exigencia de la simple forma escrita. Si no se cumple este requisito las partes pueden oponerse al arbitraje por nulidad del convenio arbitral (art. 23.1), pudiendo ser apreciada la falta de oficio por los árbitros (art. 23.3) y, en todo caso, es causa de anulación del laudo (art. 45.1).

El convenio escrito, sin embargo, podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo

---

Jeo en los siguientes términos: "Exige la Ley de Arbitraje en forma precisa y contundente, la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la solución arbitral, para resolver las cuestiones litigiosas que entre ellos puedan producirse; esta voluntad inequívoca, es el elemento o substrato que legitima la actuación del árbitro, y la exclusión del derecho de todo ciudadano a acudir a la jurisdicción para resolver sus problemas, y de ello se deriva que esa exigencia de voluntad, sea inequívoca, es decir, que no aparezca duda alguna al respecto que pudiera poner en entredicho esa declaración de voluntad; ha de constatar por ello la voluntad de cada parte de someter sus conflictos a la decisión de un tercero; si no aparece en forma inequívoca esa voluntad, la función del árbitro no estará legitimada, no podrá acudir a él para pedir solución al conflicto planteado, y si recae solución, ésta no tendrá la más mínima fuerza ejecutiva para la parte al adolecer del elemento que, como decíamos la justifica, como es el acto voluntario del sujeto. El artículo 5 de la citada Ley, no se conforma con exigir la voluntad inequívoca en el convenio arbitral, sino que exige que en aquél se recoja otra declaración de voluntad de las partes, cual es, la obligación que contraen de cumplir la decisión, no basta pues, con manifestar la voluntad de someter la controversia al árbitro, sino que por Ley, es obligado también expresar en el convenio, que deberá ser escrito, tal y como lo exige el artículo 6, que se con-

<sup>14</sup> ALBADALEJO, *El arbitraje testamentario*, Actualidad Civil, n. 6, 1990, p. 77.

<sup>15</sup> LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1971, p. 232; PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil II*, Pamplona, 1985, p. 403; CORDON MORENO, F., *El Convenio arbitral y sus efectos*, en "Comentario breve a la ley de arbitraje" (con otros), cit., p. 56.

<sup>16</sup> Interesante, a estos efectos, es la SAP de Sevilla de 18 de enero de 1993, que se expresa en el 2º Fto

independiente del mismo. Y asimismo se entenderá que el acuerdo sea formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes sino también cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.2).

4º) Como se desprende del artículo 8 "la nulidad del contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio", lo que significa que el convenio arbitral, se halle o no incorporado a un contrato principal, o se encuentre formulado independientemente del mismo, es siempre un pacto accesorio, si bien autónomo<sup>17</sup>.

5º) Si bien nos hemos referido al contenido del convenio arbitral en cuanto requisitos esenciales se refiere, también éste puede referirse a otros posibles aspectos que si no esenciales no por ello dejan de ser importantes en el arbitraje. En concreto el artículo 9 se refiere a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas

---

trae la obligación de cumplir tal decisión, lo que viene a legitimar la ejecutoriedad de lo resuelto por el árbitro. Estos dos extremos reseñados, son sin duda esenciales por cuanto que son la expresión de la voluntad de las partes, debiendo por ello tener la consideración jurídica de nulo, aquel convenio que no los recoja de forma precisa y clara" (RCEA, 1994, p. 249).

<sup>17</sup> CORDON MORENO, F., Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 57. <sup>17</sup> Véase a este respecto CORDON MORENO, Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 69.

de procedimiento.

6º) Por último, hemos de referirnos a los efectos que produce el convenio arbitral, que están regulados en el artículo 11, cuando dispone: "el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción".

Es comúnmente aceptado por la doctrina<sup>18</sup> que el convenio arbitral produce un doble efecto:

a.- De un lado el *efecto positivo*, que implica la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que puedan surgir entre ellas al arbitraje, así lo dispone la SAP de Tarragona de 10 de mayo de 1993 (RCEA, 1994, p. 264).

Extrapolando ese efecto más allá del ámbito estrictamente estatal, tanto el Convenio de Nueva York como la mayor parte de los Reglamentos arbitrales reconocen este efecto positivo, admitiéndose incluso el arbitraje desarrollado en ausencia de la parte que se niegue a cumplir lo pactado en el convenio arbitral (art. V.1, b del Convenio, a contrario; art. 15.2 del Reglamento de arbitraje de la CCI o el art. 24 del Reglamento de arbitraje de la AAA).

b.- El *efecto negativo*, que consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales

---

<sup>18</sup> Véase a este respecto CORDON MORENO, Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 69.

les<sup>19</sup>. Este efecto negativo se admite en el Convenio de Nueva York en el artículo II.3<sup>20</sup>, y en el artículo VI del Convenio de Ginebra<sup>21</sup>.

Con independencia de cual sea el órgano jurisdiccional regulador del convenio arbitral lo que sí es cierto es que la forma específica de hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral en el procedimiento iniciado ante el juez estatal "dependerá de la normativa procesal de este concreto Estado"<sup>22</sup>. Atendido dicho principio en España el régimen de la excepción de arbitraje viene determinado por el artículo 533.8

<sup>19</sup> "No se trata de un efecto excluyente que opere imperativa y automáticamente, por cuanto se precisa que las partes lo hagan valer mediante la oportuna excepción, lo que significa: 1º) que no es cuestión de orden público apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional; y 2º) que debe invocarse por la vía de excepción" (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1994 (RCEA, 1994, p. 241).

<sup>20</sup> "El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, eficaz e inaplicable.

<sup>21</sup> " Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento de plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".

<sup>22</sup> ESPLUGUES MOTA, C., El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional, Curso de formación del CGPJ, Madrid, 1997, en prensa.

LEC; siendo asumida por el juez, éste se abstendrá de conocer del asunto. ¿Cuáles son las características de esta excepción?:

1º) Es una de las que pueden considerarse como referidas al objeto del proceso<sup>23</sup>.

2º) Sólo podrá ser tenida en cuenta por el juez si se alega *ope exceptionis*, de ahí que en palabras de CORDON MORENO <sup>24</sup> "esa eficacia depende bien de la voluntad concorde de ambas partes, bien de una voluntad positiva del demandado, manifestada en la oposición de la correspondiente excepción, que el juez no puede apreciar de oficio porque limitaría la libre renunciabilidad".

3º) La alegación de la excepción de arbitraje como medio de evitar la renuncia tácita al convenio arbitral (art. 11.2) en suma va a depender del tipo de procedimiento en que se formule; de ahí que en el juicio de mayor cuantía estaremos ante una excepción dilatoria, mientras que en los demás juicios deberá proponerse necesariamente en la contestación a la demanda para ser resuelta en la sentencia, teniendo en cuenta, sin embargo, que la excepción de arbitraje deberá ser resuelta en primer lugar, si se propuso junto a otras de carácter procesal.

4º) Se plantean problemas respec-

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J (con ORTELLS/ GOMEZ COLOMER/MONTON), Derecho Jurisdiccional II, L., Barcelona, Bosch, 1994, p. 185; también asume esta posición CORDON MORENO, F., Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 71.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 71.

to de diferenciación con la sumisión tácita del artículo 58.2 LEC (declinatoria) debido a la formulación del artículo 11.2.

A este respecto, CORDON MORENO<sup>25</sup> señala: "Nunca podrá entrar en colisión la sumisión tácita, operada por el hecho de contestar a la demanda, y la sumisión a arbitraje, porque operan a niveles diversos; no cabe plantear ni resolver cuestiones de jurisdicción o de competencia entre jueces y árbitros, por consiguiente, la atribución de competencia en virtud de la sumisión no excluye que el juez en la sentencia pueda estimar la excepción de arbitraje".

El problema se plantea cuando se produce una contestación "ad cautelam" en el juicio de menor cuantía en el que se exceptiona arbitraje. ¿Significa esto renuncia del arbitraje? La jurisprudencia no mantiene una posición uniforme, sino que, antes al contrario, podemos citar dos posiciones divergentes:

1.- La que mantiene que la realización por el demandado de una actividad que no sea proponer en forma la declinatoria supone una renuncia tácita al arbitraje, con sometimiento a los órganos jurisdiccionales.

Resulta significativa, a este respecto, la STS de 18 de febrero de 1993

2.- Junto a la anterior posición, determinadas Audiencias Provinciales han ido flexibilizando la anterior doctrina, manteniendo la necesidad de dividir la posición mantenida respecto de la declinatoria (art.

58.2 LEC), respecto de la excepción de arbitraje del artículo 11.2 LA.<sup>26</sup>

5º) Para estimar la excepción se hace necesario un previo pronunciamiento de la existencia y validez del convenio arbitral. Ello obliga a que la excepción de arbitraje siguiera el mismo cauce que la declinatoria

---

<sup>26</sup> La SAP de Navarra de 16 de marzo de 1993 expone: "...la doctrina jurisprudencial referente al art. 58.2 LEC no resulta aplicable a la renuncia tácita al arbitraje, por cuanto si, por un lado, la cuestión de competencia por declinatoria dispone de cauce adecuado para su formulación, que no requiere que el demandado se oponga al fondo del asunto al tiempo que plantea la declinatoria, dado que dispondrá de la posibilidad de efectuarlo tras la resolución de la declinatoria, sin embargo, la excepción dilatoria de arbitraje, salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía y, con mayores dificultades, en el de menor cuantía, si fuere resuelta en la comparecencia y se otorgare plazo para contestar a la demanda si fuere desestimada, no dispone de cauce que permita su formulación exclusiva con posibilidad posterior, si fuere desestimada, de oposición en cuanto al fondo por lo que, generalmente, si sólo se permitiese al demandado oponer la excepción entendiéndose que renuncia al arbitraje si contesta a la demanda, se produciría una situación que dificultaría en la práctica hacer valer el convenio arbitral, dado que invocar la excepción únicamente podría situar al demandado en riesgo de indefensión si fuere desestimada, al carecer ya de vía para contestar a la demanda". Y posteriormente manifiesta: "atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión, consideramos que si resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que, tras formular la excepción de arbitraje, puede oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto contestando a la demanda, sin que ello suponga una renuncia tácita al arbitraje, constituyendo una medida de prudencia razonable para el supuesto de desestimación de la excepción, y acorde con el derecho a la defensa y a la contradicción de los que podría resultar privado el demandado que desease exigir el cumplimiento del convenio arbitral, si no se le permitiese contestar a la demanda en tal fase procesal y se rechazase

<sup>25</sup> Op. cit., pp. 72/73.

de la LEC, interponiéndose con carácter previo, como ha propugnado *de lege ferenda* un sector doctrinal<sup>27</sup>. De lo contrario, como apunta CORDON MORENO<sup>28</sup> “en los juicios que no sean de mayor cuantía, en que la excepción debe interponerse en la contestación a la demanda, el demandado o se somete a la competencia del juez (si contesta) o renuncia tácitamente al arbitraje (si no contesta proponiendo excepción).

#### IV.- Clases de Arbitraje

Atendido que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo en el que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad deciden someterse a un tercero que no es el juez para la resolución de sus conflictos y, analizada esta institución desde sus antecedentes históricos que elevaron la institución arbitral a fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos, no podemos afirmar, sin embargo, que se haya convertido en una verdadera alter-

nativa a la vía jurisdiccional.

Pese a todo, en los últimos tiempos, tras la promulgación de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, la institución arbitral ha ido adquiriendo un tinte diverso, en cuanto se ha tratado de fomentar este mecanismo arbitral con carácter general, ya sea individual o institucionalmente; amparada en la Ley de Arbitraje de 1988 o con carácter especial mediante la aparición de los arbitrajes especiales que, asumiendo una regulación nueva en estos campos jurídicos, sin embargo efectúan remisión genérica al arbitraje común de la Ley de 1988.

Atendido lo anterior, vamos a tratar de distinguir las posibles acepciones que sobre el arbitraje pueden provocarse, partiendo en primer lugar de la distinción entre arbitraje ritual y arbitraje irritual o informal.

Entendemos por arbitraje ritual aquel que se constituye y desarrolla según lo que dispone la ley, sometido, por tanto, a “rito”. Así, el artículo 3.1 dice que “el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley”, manteniéndose con ello el antiguo artículo 3 de la LAP de 1953, impidiéndose la posible eficacia y virtualidad del arbitraje irritual, potenciando el ritual o sometido a la Ley de Arbitraje. El irritual, por su parte, supone la decisión por un tercero sin sometimiento a rito. Si bien la regulación del arbitraje general tiende a ejercer una política obstruccionista de dicha vía, la realidad ha venido a permitir estas fórmulas irrituales del arbitraje. Piénsese a estos efectos en el Reglamento del recién

la excepción, no existiendo en la mayoría de los procedimientos otro momento procesal oportuno para contestar en cuanto al fondo, no siendo tampoco razonable exigir al demandado la opción, para evitar toda indefensión, de renunciar a su derecho de exigir el cumplimiento del convenio arbitral, lo que dejaría a la voluntad de una de las partes, el demandante, el cumplimiento o no del convenio arbitral, impidiéndolo prácticamente mediante la formulación de la demanda, frente a la que difícilmente el demandado asumirá el riesgo de oponer la excepción sin posibilidad de contestación en cuanto al fondo en caso de desestimación de tal excepción”.

<sup>27</sup> A este respecto véase GONZALEZ MONTES, J.L., La excepción de arbitraje, La Ley, 13 marzo 1990, p. 3; FONT SERRA, E., La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español, Justicia 89, p. 357; CORDON MORENO, Op., cit., p. 73.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 73.

temente creado Jurado de Autocontrol de la Publicidad, que, entre sus funciones, establece aquellas que le permiten al mismo actuar como árbitro, pudiendo someterse a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 porque así las partes lo disponen, optando por un arbitraje de derecho o uno de equidad, o bien pueden acudir las partes al Jurado, como árbitro institucional, pactando un arbitraje irritual, de manera que no existiría sometimiento a la ley, lo que produce que no se exijan las condiciones, presupuestos y requisitos legales, más tampoco se producirán los efectos que el arbitraje ritual genera, y siempre quedaría abierta la posibilidad de plantear la cuestión ante otras vías en las que se llegue a agotar el conocimiento del asunto.

Pese a algunos ejemplos como el apuntado en materia publicitaria, la Ley de Arbitraje de 1988 trata de favorecer el arbitraje sometido a rito, alentando con ello una política claramente obstruccionista del arbitraje irritual.

Otra distinción efectuada por el legislador de 1988 es la que distingue entre *arbitraje de derecho y arbitraje de equidad*. Asumido el arbitraje ritual, el artículo 4 permite que los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho (arbitraje de Derecho) o según su leal saber y entender (arbitraje de equidad). Si bien ésta es una distinción que tiene su origen ya en la Partida III, IV, 23<sup>o</sup> y que llegó a alcanzar a los artículos 790 a 826 de la LEC de 1881, concibiéndose en 1953 el arbitraje como una figura única con dos modalidades, la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 acu-

ña estas dos posibilidades, estableciéndose al efecto las siguientes diferencias<sup>29</sup>:

1<sup>o</sup>) En cuanto a las condiciones que deben cubrirse por los árbitros: los de Derecho deben ser abogados en ejercicio, mientras que los de equidad bastará con que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1 y 2). No se excluye la posibilidad de que los árbitros sean extranjeros, sin que ello afecte al arbitraje y al laudo, que serán en todo caso españoles. Los únicos problemas se derivarán de la determinación de la ley aplicable para fijar la capacidad de éste, el pleno ejercicio de derechos civiles, que podría ser la española o su ley personal; en principio parece razonable entender aplicable la norma general contenida en el art. 9.1 CC y su remisión a la ley personal.

2<sup>o</sup>) No existen dos procedimientos (de derecho y de equidad) sino uno solo, sin perjuicio de la intervención que en el mismo se de a las partes o incluso a la pluralidad de procedimientos que pueden ser regulados en los reglamentos (art. 21).

3<sup>o</sup>) En relación con el laudo arbitral hay que tener en cuenta que en el arbitraje de derecho el laudo deberá ser motivado, mientras que en el de equidad no es necesario, sin que ésto pueda significar vulneración del orden público o en perjuicio de terceros o fraude de ley, de manera que si así se procediese, cabría interponer el recurso de anulación y la Audiencia Provincial po-

<sup>29</sup> Puede verse a este respecto MONTERO AROCA, J., Op. cit., pp. 41 a 43.

dría controlar de oficio estos efectos, y no habiéndose interpuesto recursos el juez de primera instancia puede efectuar tal control no despachando ejecución.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que la equidad no debería significar discrecionalidad del árbitro sino adecuación a la realidad, lo que importa es determinar si existe o no límite normativo a la posible decisión arbitral, para lo que hay que atender a dos supuestos:

a- No ofrece dudas que el árbitro podrá excluir la aplicación de las normas dispositivas, y en ello mismo se basa el arbitraje de equidad, pero si llegara a cuestionarse el dictar un laudo contrario a norma imperativa o prohibitiva, ello sería normalmente porque la cuestión litigiosa que se le ha sometido no queda comprendida en las materias de libre disposición conforme a Derecho, según la dicción del art. 1. Si se permitiera la exclusión de una norma imperativa o prohibitiva, se estaría vulnerando por esta vía el art. 6.2 CC; no puede admitirse que por el camino del arbitraje las partes hagan lo que de otra manera no podrían hacer.

b- De la misma forma la exclusión de la norma dispositiva no puede llevar a la vulneración del interés o del orden público o al perjuicio de terceros o al fraude a la ley, por las mismas razones que en el caso anterior, pues lo establecido en el art. 6.2 y 4 CC, si no puede desconocerse por la vía del acuerdo de las partes, tampoco podrá lograrse con un laudo arbitral, aunque sea de equidad.

En estos dos casos lo cuestionable

será el motivo del recurso de anulación que podrá alegarse, pero en principio los números 4 y 5 del art. 45 ofrecen base más que suficiente. Además la AP, interpuesto el recurso, podrá controlar de oficio estos aspectos y si no hubo recurso, el control se llevará a cabo por el juez de primera instancia, no despachando la ejecución.

4º) Contra el laudo, dictado en cualquiera de las dos modalidades, sólo cabe recurso de anulación por los estrechos límites de los motivos del art. 45.

5º) Si nada se dice, se entiende que se opta por el arbitraje de equidad (art. 4.2 de la LA de 1988).

Llegados a este punto hay que cuestionarse el mantenimiento de las dos modalidades de arbitraje y su no reducción a uno solo, que debería haber sido el de equidad. La existencia del arbitraje de derecho adquiere pleno sentido cuando de la decisión arbitral puede controlarse después cómo se procedió a la aplicación de las normas jurídicas sustantivas, pero si no existe esa posibilidad y la actuación arbitral no tiene control en ese aspecto, las diferencias entre uno y otro arbitraje se diluyen y pierden realidad. Si el o los árbitros de derecho saben que sea cual fuere el contenido de su laudo, siempre que se mantenga dentro de las normas dispositivas, no existe control alguno, podrán actuar de hecho sin someterse al derecho positivo, siendo ese no sometimiento lo que caracteriza precisamente al arbitraje de equidad.

El art. 4.2 LA ha atendido a la prác-

tica constante de los arbitrajes alterando la norma del art. 4.3 de la LAP de 1953 anterior; así si las partes no optan expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resuelven en equidad. Habrá que estar sin embargo al supuesto de aquellos casos en que la administración del arbitraje se encomienda a una corporación o asociación, en cuyo caso habrá que estarse a lo que resulte de su reglamento, que, mayoritariamente se inclinan por la equidad.

Otra de las distinciones al hablar de arbitrajes es la que hace referencia al *arbitraje institucional versus arbitraje ad hoc*, de manera que las partes pueden optar por la segunda modalidad y regular ellas mismas el arbitraje, nombrando los árbitros, pactando las reglas del procedimiento, salvo lo referente a las normas de carácter imperativo recogidas en la Ley de Arbitraje (art. 3.1), o bien pueden encomendarlo a una institución especializada que proveerá con su personal y experiencia a la administración del arbitraje y a la designación de los árbitros (art. 10).

Esta posibilidad del arbitraje institucionalizado es novedad en la LA de 1988 frente a la exclusión de la legislación anterior<sup>30</sup>. ¿A quiénes se puede encomendar este arbitraje?. El artículo 10, apartado 1 considera que puede encomendarse la ad-

ministración del arbitraje a:

a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

A éstas se les atribuye dos tipos de funciones: administración del arbitraje y designación de los árbitros, respondiendo asimismo de las funciones desempeñadas en caso de responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa, con la peculiaridad de que el perjudicado tendrá acción directa contra la institución, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros (art. 16.1).

Consustancialmente a la misma conformación de la Ley de 1988 hemos de hacer referencia a la clasificación que atiende a la generalidad o a la especialización, de manera que también se puede hacer referencia al arbitraje común, general, que se aplica en cuanto puede someterse a la L.A. de 1988 y los arbitrajes especiales. No olvidemos que la misma LA de 1988 establece en la Disposición Adicional 1<sup>a</sup> una referencia a arbitrajes especiales, cuya regulación se encuentra en normas referidas a las materias que se suscitan o plantean como con-

<sup>30</sup> Sobre los beneficios del arbitraje institucional se pronuncia CREMADES, en *Análisis comparativos de tribunales arbitrales permanentes*, en "Estudios sobre arbitraje", Madrid, 1977, p. 148, cuando dice "... el arbitraje institucionalizado supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad espe-

cializada en temas arbitrales... El árbitro se sabe seguro al dictar su sentencia (laudo) porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un interés indiscutible en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora".

ceptos jurídicos, resolver por vía arbitral, sin perjuicio de la remisión que en todos los casos se efectúa con carácter general a la Ley de 1988. De este modo es posible hacer referencia a: arbitraje de consumo, de propiedad intelectual, de arrendamientos, de transportes, de cooperativas, de seguros, de publicidad, de propiedad horizontal..., siendo cada día más numerosas las posibilidades que se abren de canalizar bien a través de arbitrajes especiales o bien por remisión a los ya existentes, incluido el arbitraje común de la L.A. de 1988, la resolución de los conflictos jurídicos que puedan producirse en estas materias. No olvidemos que la misma Disposición Adicional 1ª de la L.A. de 1988 está eludiendo determinadas cargas onerosas y costosas de algunos de los arbitrajes especiales que hemos citado: no se precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas y además estos arbitrajes son gratuitos.

Sin perjuicio de las demás ponencias referidas a algunos de estos arbitrajes especiales podemos afirmar que hoy el replanteamiento de la vía arbitral como cauce eficaz y efectivo para la resolución de los conflictos jurídicos deriva de la utilización de estos arbitrajes especiales, de un intento por impregnar a la sociedad de esas vías o cauces que resultan más beneficiosos para los sectores jurídicos afectados... y esa culturización arbitral ha sido en gran medida favorecida por estos arbitrajes especiales.

## V. Conclusiones Generales

Si bien falta ese fenómeno de cultura arbitral que lleve a asumir más social y jurídicamente esta vía como mecanismo para alcanzar la tutela efectiva, no puede negarse el desarrollo de este cauce en la última década, si bien centrado en campos jurídicos específicos.

El por qué no ha cubierto la Ley de 5 de diciembre de 1988 todas las expectativas esperadas, responde a una falta de asunción por todos los operadores jurídicos de la institución arbitral, manteniendo una posición tangencial acerca de la misma. Y, asimismo, las deficiencias de la Ley de Arbitraje se han hecho patentes, de manera que se está necesitando una reforma que acoja realmente el proceso arbitral en sus diversas manifestaciones, que haga factible que estamos ante una alternativa, asentada en la idea de libertad, pero sobre la que necesariamente deben jugar los principios esenciales garantizadores de la tutela efectiva, entre las que podemos citar, entre otras, la necesidad de buscar una solución legal al tema de la tutela cautelar, y en todo caso, como apunta MUÑOZ SABATE<sup>31</sup> se hace necesario que el Estado asuma tal institución, se la crea, y con ello que establezca en la regulación del arbitraje la porosidad suficiente para comunicarse con el resto del ordenamiento procesal.

No olvidemos que a todo ello van a contribuir notablemente los órganos jurisdiccionales.

<sup>31</sup> *La ley de arbitraje: un campo sembrado de minas*, en Curso del CGPJ sobre "Arbitraje, mediación, conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 11.

diccionales, puesto que la propia institución arbitral exige que, para alcanzar su éxito, la actuación del árbitro se apoye por los jueces.

Todo lo que antecede nos lleva a reclamar un nuevo modelo arbitral, más acorde con la realidad socio-cultural y jurídica en la que nos encontramos, que permite realmente esta vía arbitral y que asuma la vertiente internacional como un componente más de dicha reforma; si nuestros informes son ciertos, dicha reforma está ya en marcha.