

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los Jueces Españoles**

**Esplugues Mota, Carlos**

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Valencia

**EL JUEZ Y EL ARBITRO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

Ponencia

Serie: *Civil*

**VOCES:** DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL. ARBITRAJE INTERNACIONAL. CONVENIO ARBITRAL. ARBITRAJE. LAUDO ARBITRAL. RECURSO DE ANULACION. RECURSO DE REVISION.

**ÍNDICE**

- I. Introducción
  - 1. Noción del arbitraje comercial internacional
  - 2. Régimen de fuentes del arbitraje comercial internacional en España
- II. Ámbitos de cooperación de los órganos jurisdiccionales estatales y los árbitros en el arbitraje comercial internacional
  - 1. El valor del convenio arbitral
  - 2. Intervención del juez en la fase previa a la iniciación del procedimiento arbitral: la formalización judicial del nombramiento de los árbitros
  - 3. Intervención del juez durante el desarrollo procedimiento arbitral
    - A) Realización de pruebas
    - B) Adopción de medidas cautelares
  - 4. Intervención del juez con posterioridad a la conclusión del procedimiento arbitral
    - A) Recurso de anulación
    - B) Recurso de revisión
    - C) Adopción de medidas cautelares en la fase postarbitral
    - D) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España
      - a) La relación existente entre el Título IX LA y el Convenio de Nueva York de 1958
      - b) Relación existente entre los Convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras ratificados por España y el Convenio de Nueva York de 1958
- III. Breves conclusiones

## TEXTO

### I. Introducción

1. En los últimos años se ha producido una creciente incidencia en la búsqueda de medios alternativos a la justicia estatal. Al amparo del debate generado por las discusiones doctrinales en relación al fenómeno del *Alternativa Dispute Resolution* (1), y por la necesidad de hacer frente a la indagación de mecanismos rápidos, eficaces y especializados de administrar justicia en un entorno caracterizados por el aumento constante del número de disputas y las limitaciones impuestas por el control del gasto público, se ha generado un incremento notable de la referencia a la institución arbitral, tanto en el plano internacional (2) como en el interno. Incremento fomentado, en ocasiones, por el propio Estado.

De esta suerte, junto al desarrollo y profundización de su uso en sectores tradicionales -como los contratos de consumo- se ha apuntado su creciente incidencia en otros ámbitos hasta el momento no explorados, como puedan ser la contratación de las administraciones públicas o, incluso, materia fiscal (3).

2. En un entorno como el muy brevemente apuntado se hace necesario incidir en ciertas cuestiones tradicionalmente suscitadas en relación con el arbitraje. Cuestiones "pendientes" en cuanto todavía no han obtenido una clarificación en nuestra normativa y en nuestra jurisprudencia, y cuya falta de resolución pueden incidir directamente en sus perspectivas de desarrollo, al menos en las perspectivas de desarrollo del arbitraje comercial internacional.

En concreto, vamos a centrarnos en el "tormentoso" tema de las relaciones entre el arbitraje -en esta ocasión, recordemos una vez más- arbitraje comercial internacional- y la jurisdicción estatal, intentando incidir en aquellos ámbitos en que se produce relación entre las mismas, y destacando las formas en que ésta se articula.

3. El art. 1 de la Ley de Arbitraje (4) describe a éste con claridad, afirmando que mediante el mismo "*las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho*". Con independencia de la posición que se pueda mantener en relación con la naturaleza jurídica del arbitraje. Con independencia de que se opte por su condición contractual o jurisdiccional, o por alguna de las vías intermedias que han surgido en contraposición a las anteriores (5), el arbitraje se presenta como una institución directamente anclada en la voluntad de las partes. Estas son las que atribuyen a los árbitros capacidad para juzgar, precisando los derechos y deberes de los que intervienen en el procedimiento arbitral. Esta facultad de juzgar, sin embargo, no se acompaña de una correlativa capacidad para "*hacer ejecutar la juzgado*", facultad ésta que el art. 117 de la Constitución reconoce en exclusiva a los jueces y magistrados (6).

De esta suerte, el arbitraje constituye una institución diferente del orden jurisdiccional (7). Ahora bien, una institución que, sin embargo, no debe contraponerse a éste, sino interpretarse -meramente- en clave de alternativa al mismo. Estamos pues, como precisa el TC en su doctrina, ante "*un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con los efectos de la cosa juzgada*" (8).

Desde estos planteamientos y en una situación como la actual, presentar el arbitraje en clave de "oposición a la vía de los tribunales estatales" constituye, amén de un grave error, "una concepción obsoleta y miope fuera de toda realidad" (9). Máxime cuando la práctica del arbitraje, y más en concreto, la del arbi-

traje comercial internacional, demuestra, como hemos apuntado ya, que esta contraposición no es realista, y que el correcto desarrollo del procedimiento arbitral necesita en ocasiones, y de forma creciente, de un cierto grado de colaboración por parte de los órganos jurisdiccionales estatales para alcanzar un feliz resultado.

En las próximas páginas vamos a centrarnos en este punto limitándonos, eso sí, a tratar el supuesto del arbitraje comercial internacional. Antes de ello, sin embargo, es imprescindible precisar que se entiende por arbitraje comercial internacional a efectos del ordenamiento jurídico español, y concretar cuales son sus fuentes legales.

### *1. Noción de arbitraje comercial internacional.*

4. La LA se articula sobre la distinción entre arbitraje español y arbitraje extranjero. Así, se entiende por arbitraje español el celebrado en España, con independencia de la naturaleza y condición del litigio que se va a resolver (10). Por su parte, el desarrollado fuera de las fronteras españolas tendrá la condición de arbitraje extranjero; en consecuencia, y siguiendo el mandato del art. 56 LA, el laudo que se dicte en el mismo deberá ser objeto de reconocimiento y posterior ejecución en nuestro país para producir efectos en España.

Se opta de esta suerte por un criterio puramente territorial, desatendiendo otras soluciones más modernas, como la mantenida en el art. 1.492 del NCPC francés, que articulan la distinción entre arbitraje interno e internacional haciendo depender la misma del carácter -interno o internacional- del concreto litigio suscitado (11).

Efectivamente, esta solución territorialista se recoge también -como regla general- en el art. I.1 del Convenio de Nueva York de 1958 (12). Un texto que, sin embargo, matiza esta opción de partida admitiendo que el Convenio se aplique respecto de "*sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución*" (13).

El Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional (14), por su parte, se separa claramente de esta solución puramente territorial. Así, su art. I.1.a), al determinar el campo de aplicación del Convenio, combina un criterio objetivo -referencia a la naturaleza del litigio suscitado- con otro subjetivo, desechando el criterio territorial recogido en nuestra LA. El precepto señala que el texto de Ginebra se aplicará, "*a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertadas entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes*" (15).

### *2. Régimen de fuentes del arbitraje comercial internacional en España.*

5. El régimen jurídico del arbitraje comercial internacional en España se ve directamente afectado por la coexistencia de una pluralidad de fuentes legales de distinta naturaleza y alcance. Efectivamente, la Ley de Arbitraje dedica sus Títulos IX y X, respectivamente, a "*la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*" y a "*las normas de Derecho internacional privado*". Junto a ella, sin embargo, hay que mencionar la presencia de diversos Convenios bilaterales y multilaterales (16), de estos últimos destacan tres; los ya citados Convenios de Ginebra de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional y de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y el específico Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre

Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 (17).

Los dos primeros, el de Nueva York y el de Ginebra, por otra parte los más relevantes, presentan ámbitos de aplicación complementarios. El primero refiere primordialmente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, mientras que el segundo -con un marcado carácter europeo y complemento del anterior- se centra en el procedimiento arbitral. Será precisamente el primero el que plantee ciertos problemas tanto respecto de su relación con los diversos convenios bilaterales concluidos por España y con incidencia en esta materia, como con el articulado de la LA de 1988, problemas que abordaremos en el último apartado de esta disertación.

Estos textos multilaterales, a su vez, coexisten con varios Convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales extranjeras que incluyen el reconocimiento de laudos foráneos en su ámbito de aplicación.

6. La pluralidad de fuentes plantea graves problemas a la hora de concretar el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional en España. Es más, las dificultades que habitualmente se derivan de la coexistencia de una pluralidad de fuentes legales se ven agudizadas en nuestro país, y en esta materia, por las inconcreciones que, de partida, incorpora la LA de 1988.

La LA de 1988 no incluye una clara opción en favor de una posición monista -de la que se derivaría que los ocho primeros Títulos regularían tanto el arbitraje interno como el internacional- o dualista -lo que implicaría la incorporación de una solución claramente independiente para cada uno de estos dos arbitrajes, algo que no cabe, atendiendo al tenor literal de la ley-. Sencillamente, todo apunta a que el legislador no se "plantea" el problema, y da a la luz un sistema que algunos parecen entender monista (18), otros dualista -aunque incompleto- (19) y que todos, sin excepción, critican por su indefinición y arcaísmo (20).

Ello plantea, en definitiva, el problema de concretar el valor de las soluciones mantenidas en los ocho primeros Títulos de la LA respecto del arbitraje comercial internacional, y la correlativa necesidad de especificar la solución a aportar en determinadas situaciones problemáticas. En todo caso, para resolver estas cuestiones habrá que acudir a las soluciones convencionales, en primer lugar, y remitirse a la LA -en el supuesto de que recoja alguna solución al respecto- en aquellas ocasiones no cubiertas por los textos convencionales. Esta será, precisamente, nuestra forma de actuación en las páginas siguientes.

## **II. Ámbitos de cooperación de los órganos jurisdiccionales estatales y los árbitros en el arbitraje comercial internacional**

7. El análisis del desarrollo del arbitraje permite apuntar cuatro grandes sectores en los que puede precisarse un cierto nivel de colaboración entre los órganos jurisdiccionales estatales y los árbitros:

1) En primer lugar, y antes de que se inicie el procedimiento arbitral en sentido estricto, los jueces pueden colaborar con el éxito del arbitraje, procediendo a formalizar el nombramiento de los árbitros.

2) Igualmente, en segundo lugar, los árbitros podrán solicitar la colaboración de las autoridades judiciales estatales -una vez iniciado el procedimiento arbitral- tanto en lo relativo a la fase probatoria como, tema básico, en lo referente a la adopción de determinadas medidas cautelares que aseguren la efectividad del arbitraje.

3) En tercer lugar, y ya en la fase postarbitral, la intervención judicial será imprescindible en lo referente a los recursos de revisión y nulidad del laudo, a la adopción de medidas cautelares en este último punto y,

también, como no, en lo relativo al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero.

Junto a estos tres supuestos de cooperación puede citarse un cuarto, de colaboración en sentido impropio, referido a la vinculación de los jueces con un convenio arbitral existente con carácter previo, y que les impide conocer de la demanda ante ellos planteada. Dada la especialidad de este último punto, conviene que comencemos abordando el mismo.

### 1. *El valor del convenio arbitral.*

8. Constituye un lugar común en la doctrina aceptar que el convenio arbitral en el ámbito del arbitraje comercial internacional -como también ocurre en el plano interno- incorpora una doble eficacia: de un lado, el llamado efecto positivo, que implica la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que puedan surgir entre ellas -y sólo entre ellas en cuanto se trata de un efecto positivo contractual- a arbitraje y, de otro, el efecto negativo, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales (21). Se trata, pues, de una eficacia similar a la prevista por el art. 11.1 LA.

9. Más allá del plano estrictamente estatal, y en relación con el efecto positivo, tanto el Convenio de Nueva York, como la mayor parte de los Reglamentos arbitrales, lo reconocen hasta el punto de admitir la posibilidad de que el arbitraje se desarrolle en ausencia de la parte que se niegue a cumplir lo pactado en el Convenio arbitral (22).

10. Mucho más complejo, si cabe, es el efecto negativo del convenio arbitral, sin lugar a dudas, el efecto "que con mayor fuerza caracteriza el arbitraje" (23). Al igual que el efecto positivo, la eficacia negativa del convenio arbitral se refiere tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales, con la diferencia de que en el segundo supuesto, la negación de la competencia se predica de todos los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados que pudieran conocer de una concreta cuestión en virtud de sus normas de competencia judicial internacional.

Este efecto negativo se admite en el Convenio de Nueva York, cuyo art. II.3 precisa que, "*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 o inaplicable*". Similar solución se incluye en el art. VI del Convenio de Ginebra (24).

11. El ya mencionado art. 11.1 LA, pues, incorpora una solución similar a la recogida en el Convenio de Nueva York y en el de Ginebra (25). En los tres supuestos, pues, se exige que el convenio arbitral sea alegado a instancia de parte. Aquí, precisamente, es donde se plantean los mayores problemas en nuestro ordenamiento jurídico.

12. La ley reguladora de la validez y efectos del convenio arbitral viene especificada por los Convenios concluidos por España en la materia (26). En defecto de los mismos habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 61 LA (27). Ahora bien, con independencia de cual sea el ordenamiento regulador del convenio arbitral, 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.

En el caso de España, el régimen de la excepción de arbitraje se somete a las dilatorias de la LEC. Se trata de una excepción procesal de fondo recogida en el art. 533.8.<sup>a</sup> De ser aceptada, el juez deberá

abstenerse de conocer del litigio.

En el juicio declarativo de mayor cuantía, la tramitación de la excepción no plantea mayores problemas, regulándose, sin más, por lo dispuesto en el art. 532 y ss. LEC. Mucho más compleja, sin embargo, es su utilización en el juicio ordinario de menor cuantía en el que, por mandato del art. 687 LEC, todas las excepciones "*así dilatorias como perentorias*" se propondrán por el demandado en la contestación, a diferencia de lo previsto en el juicio de mayor cuantía en el que se recoge un doble cauce para su proposición y resolución: con carácter previo, si la parte lo quiere, o en la contestación a la demanda, para su resolución en la sentencia definitiva, en los demás (28).

La conversión en el proceso de menor cuantía de todas las excepciones, técnicamente, en perentorias, tiene una directa incidencia en el mecanismo de la renuncia tácita prevista en el art. 11.2 LA (29).

En concreto, la regulación del art. 11.2 resulta semejante a la contenida en el art. 58.2 LEC en relación con la sumisión tácita, con la diferencia de que el art. 11.2 hace referencia a "*proponer en forma la oportuna excepción*" y el artículo de la LEC habla de "*proponer en forma la declinatoria*". El art. 58.2 se interpreta de forma muy rígida por parte del TS, al entender que existe sumisión tácita si el demandado no se limita a proponer la declinatoria de jurisdicción -que, recordemos, no es una excepción dilatoria, contando con un cauce propio de tramitación, previsto en el art. 79 LEC, que permite su proposición y resolución previa en todo caso- realizando cualquier otra gestión.

A la vista de esta similitud se suscita un problema muy concreto: saber si la contestación a la demanda "*ad cautelam*" en el proceso de menor cuantía, en la que se incluya la excepción dilatoria de sumisión a arbitraje, implica renuncia tácita al convenio pactado y, en consecuencia, puede darse el caso que buscando hacer efectivo el efecto negativo del convenio arbitral, la parte que lo realiza se acabe sometiendo tácitamente a los tribunales estatales.

La jurisprudencia en este punto no es especialmente rectilínea, y así, coexisten dos posiciones claramente antagónicas, en favor y en contra del arbitraje comercial internacional:

a) En primer lugar, cabe hacer referencia a la rígida interpretación realizada por el TS en su sentencia de 18 de febrero de 1993 (30), en la que al plantearse esta cuestión afirma con claridad que,

*"la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la arbitral a la que se someten los interesados sólo será válida y eficaz si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, lo que no acontece indudablemente cuando, como en el caso debatido, si bien se opuso la excepción de incompetencia, se suplicó, para el caso de no ser acogida, la desestimación del fondo del asunto, y por si no fueran suficientes estas peticiones para entender que existe la sumisión tácita a los tribunales, está la reconvencción que formuló la entidad demandada contra la actora ante el propio juzgado".*

En el mismo sentido se pronuncian las SSAP de Barcelona, de 25 de febrero de 1992 (31) y de 12 de mayo de 1992 (32), la SAP de Burgos, de 8 de enero de 1994 (33), la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 21 de enero de 1994 (34) y la SAP de Valencia de 12 de enero de 1995 (35), en las que de nuevo se asume que la interpretación jurisprudencial de la noción de "*cualquier actividad procesal*" recogida en el art. 58 de la LEC "*es de evidente aplicación a la jurisprudencia citada a la interpretación de la Ley de Arbitraje*" (36). Ello implica que la realización por el demandado de una actividad que no sea estrictamente la de proponer en forma la declinatoria supondrá una renuncia tácita al arbitraje y una sumisión a la jurisdicción ordinaria "*ya que la única actuación que le permitía la ley era el anuncio o el planteamiento de la cuestión de competencia por declinatoria*" (37). A todo ello hay que sumar, en este último supuesto, la consideración de que "*constituyendo la sumisión al arbitraje, una excepción de la jurisdicción ordinaria, tiene esta 'vis' atractiva y cualquier duda que se suscite debe interpretarse en favor de esta última*" (38).

b) Esta rígida posición, sin embargo, coexiste con otra postura mucho más flexible auspiciada por determinadas Audiencias Provinciales, en el sentido de considerar que la posición jurisprudencial mantenida en relación con la declinatoria, al amparo del art. 58.2 LEC, no es susceptible de aplicarse al art. 11.2 LA, so pena de conducir a una situación profundamente insatisfactoria. Como señala la AP de Tarragona en su S. de 10 de mayo de 1993 (39) es necesario tomar en consideración las peculiaridades del arbitraje, distinguiendo, como hace el legislador en el art. 533, la excepción de arbitraje de la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional del número 1 del art. 533: de ello se deriva que *"no pued(a) desviarse el sistema extrapolando planteamientos procesales como la declinatoria de jurisdicción, totalmente ajeno a la cuestión debatida"*.

Como declaran la SAP de Valencia, de 18 de noviembre de 1992 (40), la SAP de Pamplona de 16 de marzo de 1993 (41), la SAP de León de 14 de junio de 1993 (42), la SAP de Madrid, de 10 de mayo de 1993 (43) o la SAP de Barcelona, de 17 de marzo de 1994 (44), la interpretación jurisprudencial mantenida en relación con la declinatoria no es susceptible de aplicarse al art. 11.2 LA, en cuanto;

*"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 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" (45).*

13. Todo el problema, como afirma F. CORDÓN MORENO (46), se hubiera resuelto si el legislador hubiera previsto para la tramitación de la excepción de arbitraje un cauce procesal similar al previsto para la declinatoria en el art. 79 LEC. Esto es, como excepción dilatoria en el juicio de mayor cuantía y como un incidente de previo pronunciamiento en los demás. La ausencia de este régimen específico exige pronunciarse sobre el valor a otorgar a la contestación a la demanda *"ad cautelam"*, acto que es interpretado de forma muy restrictiva por un concreto sector de la jurisprudencia, desatendiendo las características propias de la vía arbitral, y más en concreto, de la vía arbitral como medio de resolución de controversias en el comercio internacional (47).

1240 2. *Intervención del juez en la fase previa a la iniciación del procedimiento arbitral: la formalización judicial del nombramiento de los árbitros.*

14. Centrándonos en concreto en el papel del juez en el arbitraje comercial internacional, hemos de incidir en un punto muy importante como es el del nombramiento de los árbitros por el juez en caso de que las partes no se pongan de acuerdo al respecto.

15. Las distintas legislaciones nacionales admiten de forma generalizada la libertad de las partes a la hora de decidir la constitución del Tribunal Arbitral (48). Y ello, bien directamente, decidiendo el número de árbitros y la forma en que los mismos serán nombrados y rechazados, o indirectamente, mediante la selección de una institución arbitral internacional. Este principio se encuentra recogido en España en los arts. 9, 10, 13 y 14 LA, que modifican en profundidad el sistema existente con anterioridad y, en el plano convencional, en el art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, así como en el art. IV.1 del Convenio de Ginebra de 1961 (49).

16. Sin embargo, el arbitraje presenta como una de sus características más relevantes la rapidez. En aras a su consecución se hace imprescindible limitar la capacidad de obstrucción de las partes y ello se observa con claridad palmaria en el ámbito del nombramiento de los árbitros. La ley prevé la posibilidad de que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros y en tal caso, señala en su art. 38.1 que se procederá *"a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas"* (50). Esta formalización no procederá *"si los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la Corporación o Asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia"* (51).

La competencia para conocer de la formalización judicial del arbitraje corresponde al Juez de Primera Instancia del lugar donde deba dictarse el laudo. En su defecto, a elección del actor, habrá que estar al juez del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (52). El procedimiento, tal como precisa el segundo apartado del art. 39, comenzará con un escrito del actor dirigido al Juzgado en que indicará las circunstancias concretas de la falta de acuerdo. Acompañará al escrito los documentos acreditativos del convenio arbitral. Una vez efectuada, la solicitud se tramitará por el cauce del juicio verbal (53), atendiendo a las previsiones del art. 41, y con diversas precisiones:

a) Así, la incomparecencia del demandado o de alguno de los demandados o de sus representantes no suspenderá la celebración del acto (54).

b) La incomparecencia del demandante o de todos los demandantes o de sus representantes dará lugar a que se les tenga por desistidos de su pretensión, condenándoseles al pago de las costas, salvo que el demandado o alguno de los demandados o sus representantes manifestaren su interés por la formalización judicial del arbitraje, en cuyo caso se verificará la celebración del acto (55).

El juez únicamente podrá rechazar la formalización judicial del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes (56). El auto denegatorio de la apelación será apelable. Contra la resolución de la Audiencia Provincial no cabrá recurso alguno y los puntos que hayan sido objeto de debate no podrán motivar en su día la declaración de nulidad a que se refiere el Título VII de la Ley (57). Por el contrario, si accede a la formalización judicial del arbitraje, el auto -que no prejuzgará la validez del convenio arbitral- no será susceptible de apelación (58).

### *3. Intervención del juez durante el desarrollo del procedimiento arbitral.*

17. La base contractual que sustenta el arbitraje se proyecta en el procedimiento arbitral en la capaci-



dad que asiste a las partes de diseñar el mismo, bien de forma directa o indirecta. Sin embargo, a lo largo del procedimiento arbitral, la capacidad de juzgar que asiste a los árbitros como consecuencia del mandato de las partes, no oculta la ausencia de poder de coerción que les acompaña, haciendo necesaria la colaboración de los jueces -estos sí, dotados de *imperium*- en algunas ocasiones muy específicas. No se trataría, pues, de un mecanismo de control de los jueces respecto del arbitraje, sino de una colaboración de los mismos con los árbitros, buscando el éxito del procedimiento arbitral.

En concreto pueden citarse dos grandes sectores en los que se pone de manifiesto esta tensión latente en el seno del arbitraje comercial internacional: la realización de pruebas y, sobre todo, la adopción de medidas cautelares que aseguren el cumplimiento del laudo que pueda dictarse. A ellas nos referiremos en las próximas páginas.

#### A) Realización de pruebas.

18. El art. 26 LA precisa que los árbitros "*practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes*". Como señala F. CORDÓN MORENO (59), se trata de una norma ciertamente esquemática, que incide en la no vinculación de los árbitros por las peticiones de las partes (60) y silencia cualquier referencia al recibimiento a prueba o sobre la proposición de los diferentes medios por las partes, debiendo acudir para cubrir esta laguna bien a la voluntad de las partes, bien al Reglamento de la Institución elegida (61) o, a lo dispuesto por los propios árbitros.

19. Puede darse el caso, empero, que el Tribunal Arbitral sea incapaz de desarrollar por sí mismo determinadas pruebas; la falta de potestad coactiva de los árbitros podría, así, conducir a la ineffectividad del arbitraje. Para evitar esta negativa situación, se prevé la colaboración de los tribunales estatales en la práctica de tales pruebas.

20. Esta posibilidad de colaboración aparece prevista en gran número de ordenamientos jurídicos (62), alguno de los cuales exige una vinculación clara entre el arbitraje que se está desarrollando y la jurisdicción a la que se solicita colaboración: tal es el caso -ciertamente aislado- de Estados Unidos (63). Por su parte, tanto el Convenio de Nueva York como el de Ginebra de 1961 mantienen silencio al respecto.

21. Con respecto a la naturaleza, en el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales estatales solicitando su colaboración para la práctica de la prueba viene expresamente recogida; concretamente en el art. 27 LA que precisa con claridad como "*(L)os árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje... para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos*". Obviamente, quede claro, se está refiriendo a supuestos de arbitrajes desarrollados en España.

El precepto plantea una serie de cuestiones referidas, fundamentalmente, a la naturaleza de la colaboración y a la forma en que ésta pueda obtenerse.

En este sentido, la doctrina considera que el tenor del art. 27 no debe ser interpretado -a pesar de su redacción- en clave condicional. No se trataría, pues, de una facultad que asiste a los árbitros de solicitar la colaboración del juez, sino de una auténtica obligación, so pena de desencadenar el mecanismo de responsabilidad arbitral previsto en el art. 16.1 LA. De esta suerte, señala M. ORTELLS RAMOS, la mención "*podrán solicitar*" debería entenderse más en el sentido de "podrán obtener" (64).

22. En lo relativo a la forma de obtener el auxilio, de acuerdo con la LA, el auxilio jurisdiccional para la

práctica de la prueba deberá solicitarse por escrito, por el árbitro o el presidente del Colegio Arbitral -atendiendo a la regla de mayoría recogida en el art. 34 LA- al Juez de Primera Instancia del lugar donde deba efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria.

Esta mención, recogida en el art. 43 LA contrasta con la incluida en el art. 27 LA en la que la solicitud de auxilio se formula al Juez de Primera Instancia del lugar en que se desarrolle el arbitraje. La posibilidad de que ambos lugares no coincidan es perfectamente factible, produciéndose, de esta suerte, una antinomia que sólo es posible resolver considerando que el lugar donde se desarrolla el arbitraje pasa a ser, en el caso de ser necesario practicar un acto fuera del lugar donde se desarrolla el procedimiento en general, el lugar en que debe practicarse tal acto. En la práctica, el mayor problema que presenta esta interpretación deriva de las posibles limitaciones a la capacidad de determinar el lugar en que se desarrollen las actuaciones por los árbitros, que pueda incorporar el convenio o los reglamentos arbitrales (65).

Una vez sea admitida y estimada la solicitud de auxilio, el juez practicará la prueba de acuerdo con lo dispuesto al efecto por la LEC (66). Sin embargo, caben dos posibilidades al respecto:

a) En primer lugar, que el árbitro haya solicitado al juez la práctica de la prueba "*bajo su exclusiva dirección*". En este caso, éste practicará la prueba, como señala M. ORTELLS RAMOS (67), de modo completo, "*entregando testimonio de las actuaciones al solicitante*". Esta opción exige una actitud diligente por parte de los árbitros que deberán poner en manos del juez toda la información necesaria para que el juez pueda desarrollar su labor de auxilio.

b) En segundo lugar, posibilidad silenciada por el art. 43 LA, aunque latente en el mismo (68), cabe que el árbitro no haya solicitado la realización de la prueba bajo la exclusiva dirección del juez. En tal supuesto, el juez deberá proceder a realizar las actividades necesarias para poner la fuente de prueba a disposición del árbitro o, facilitarle todos aquellos elementos que el árbitro no podía obtener al carecer de medios para ello (69). Una vez en su poder, será el árbitro quien realice la prueba.

### *B) Adopción de medidas cautelares.*

23. Mucho más complejo que la colaboración en la práctica de determinadas pruebas, es el auxilio jurisdiccional en relación con la adopción de distintas medidas cautelares con el fin de asegurar el futuro cumplimiento del laudo arbitral que pueda dictarse. Esta cuestión, difícil de por sí, encuentra un especial nivel de problematismo en España, con una legislación silenciosa al respecto, y con una doctrina y jurisprudencia poco pacíficas en este punto.

24. Un análisis de Derecho Comparado pone de manifiesto una insuficiente regulación de la materia en los distintos sistemas nacionales, combinada, en ocasiones, con un absoluto silencio al respecto (70). En el plano convencional (71), el silencio del Convenio de Nueva York de 1958 contrasta con lo dispuesto en el art. VI.4 del Convenio de Ginebra que, por otra parte, se limita a apuntar que, "*(S)i una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo*".

El Convenio de Ginebra, de esta suerte, acepta la posibilidad de solicitar auxilio a los tribunales estatales con vistas a conseguir el aseguramiento de determinados bienes. Ahora bien, lejos de regularla, se limita a resaltar que la solicitud de medidas de aseguramiento no implica un sometimiento tácito a la jurisdicción estatal, sino, meramente, una petición de colaboración a la misma buscando el éxito del arbitraje

(72).

25. La LA española, frente a lo que disponía el anteproyecto de LA (73), mantiene un muy criticado silencio en este punto (74). Este silencio se ve, además, complicado por la indefinición doctrinal en la materia, y por la ausencia de una jurisprudencia concluyente que colme el vacío legal existente.

26. De esta forma, la doctrina procesalista más solvente afirma de plano la imposibilidad de conceder medidas cautelares instrumentales de un proceso arbitral (75). El silencio de la Ley, tal como señala M. ORTELLS RAMOS, podría intentar colmarse por dos vías, ninguna de las cuales, sin embargo, aportaría una solución adecuada al problema planteado por el olvido del legislador:

a) Así, en primer lugar, se plantea la posibilidad de que el procedimiento arbitral "ocupase el puesto del correspondiente proceso principal" a efectos de la instrumentalidad de la medida cautelar. Esta posibilidad, según el mencionado autor, plantearía el problema de tener que determinar por analogía gran parte de del régimen de actividad del juez, creándose inseguridad. Igualmente, esta solución suscitaría el problema de su incardinación en el ámbito del art. 11 LA, respecto de la renuncia al arbitraje (76).

En concreto, surgiría la cuestión del momento en que pudieran ser solicitadas las medidas cautelares, algo que se aborda por la escasa jurisprudencia existente al respecto y que parece resolverse en el sentido de impedir la solicitud de medidas antes de iniciarse el arbitraje (77).

b) La segunda vía pasaría por que las partes o el Reglamento de la institución arbitral seleccionada atribuyeran a los árbitros la facultad de dictar un laudo provisional en el que se dispusieran las medidas cautelares adecuadas, algo que se vería negativamente afectado por el tenor del art. 53 LA en el que se dice que la ejecución del laudo se realizará "*por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes*". Además, aunque esta objeción se superase, surgen otras adicionales que la hacen inviable.

Las dificultades presentes en una y otra opción, llevan a este autor a apuntar de forma rígida que "fuera de lo dispuesto en el art. 50 LA, no son admisibles medidas cautelares instrumentales de un procedimiento arbitral" (78).

27. Frente a esta posición tan negativa, algunos autores han mantenido una actitud favorable hacia la posible adopción de medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral, lamentablemente, sin una base tan sólida como la de aquellos que se encuentran en contra (79).

28. El vacío legal puede intentar solventarse a través del análisis de la jurisprudencia existente en este punto, aun cuando se trata de una jurisprudencia muy escasa. En concreto, la cuestión ha sido suscitada en tres ocasiones: en el famoso Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992 (80), en la STS de 14 de mayo de 1992 (81) y en el ya mencionado AAP Barcelona de 25 de noviembre de 1994 (82). Los tres coinciden en mantener una posición bastante favorable hacia la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral (83).

29. La Audiencia Provincial de Cádiz, en su Auto de 12 de junio de 1992 comienza por señalar que "*en principio, repugna*" la idea de adoptar, a instancia de parte interesada, medidas cautelares para asegurar la efectividad de los laudos arbitrales. El sometimiento a un procedimiento arbitral, dice la Audiencia Provincial, se produce por voluntad común de las partes contratantes, mas el árbitro o árbitros que decidirán la cuestión no gozan de potestad jurisdiccional y no pueden excederse de la función que les ha conferido la LA. En la medida en que el art. 1428 LEC

*"habla de juicio, de demandante, de demanda y de juez,... no permite otra interpretación que aquella resultante de sus propios y claros términos, lo que nos lleva a la conclusión de que, como regla general, resultaría imposible la posibilidad de que el juez adoptase una medida cautelar y preventiva de una tema que escapa a su conocimiento" (84).*

Ahora bien, dicho principio general presenta excepciones que, en el presente caso vienen dadas por el art. VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 y,

*"(D)ada la meridiana claridad con que está redactado dicho precepto, sin que por lo tanto deban hacerse comentarios o interpretaciones sobre el mismo, se deduce de una forma evidente la posibilidad de que un juez español pueda adoptar determinadas medidas cautelares, aunque el procedimiento arbitral se siga en otro país, en este caso Suiza" (85).*

El mandato del art. VI.4 del Convenio de Ginebra y la prevalencia del Tratado sobre la ley interna, pues, lleva a la Audiencia Provincial a considerar que cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral. Y ello, sin necesidad de verificar, como en este caso ocurre, si efectivamente el Convenio de Ginebra es aplicable o no al concreto supuesto suscitado. La solución, favorablemente acogida por la doctrina iusprivatista española (86), plantea, sin embargo, importantes dudas a la doctrina procesalista nacional (87).

30. Una solución similar, también articulada sobre las soluciones convencionales, se alcanza en la ya citada STS de 14 de mayo de 1992. En ella se reconoce la eficacia de una cláusula arbitral para confirmar un embargo preventivo de buque al amparo del art. 7.3 del Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques.

31. De las tres resoluciones mencionadas es, sin lugar a dudas, el AAP de Barcelona de 25 de noviembre de 1994, la que incorpora una posición más favorable hacia la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral. El Auto rechaza el recurso de apelación planteado, mas procede a reflexionar sobre el tema *"con un puro carácter de obiter dicta..."* (88). En este sentido, precisa que la LA de 1988 guarda silencio respecto a la posibilidad de solicitar a los órganos jurisdiccionales estatales la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje y antes de haberse dictado el laudo correspondiente,

*"Este Tribunal se inclina ... por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988. En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje al configurarlo con una naturaleza mixta: privada en cuanto a su origen y pública en cuanto a sus efectos, de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (entendida esta palabra en el sentido clásico de 'dictar derecho') privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de dere-*

*chos'* (89).

La solución, duramente criticada por S. BARONA VILAR (90), supone la manifestación más favorable a la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte del juez en relación con un procedimiento arbitral. Los problemas procesales que esta opción implica, sin embargo, son de envergadura, y se resaltan tanto por la mencionada autora como por la propia Audiencia Provincial (91).

#### *4. Intervención del juez con posterioridad a la conclusión del procedimiento arbitral.*

32. Si en los tres momentos anteriores la intervención del juez es de colaboración con el arbitraje comercial internacional, en la fase post-arbitral, la naturaleza de la intervención cambia radicalmente. Como gráficamente apunta E. ARTUCH IRIBERRI, en esta fase el juez "es prácticamente el protagonista absoluto" (92).

La intervención del juez en este período se vincula directamente al cumplimiento del laudo arbitral. El laudo produce efectos ejecutivos desde el momento en que se dicta, pero como consecuencia de la propia naturaleza del arbitraje y de la ausencia de capacidad de coerción, se hace imprescindible la colaboración de la jurisdicción tanto para el control del laudo que se haya podido dictar, bien vía recurso de anulación o de revisión, como para proceder a su ejecución del laudo en aquellas ocasiones -no especialmente numerosas (93)- en que no se procede a su cumplimiento de forma voluntaria.

##### *A) Recurso de anulación.*

33. Las características propias del arbitraje, su rapidez, su economía, se plasman en una severa limitación de las vías de recursos contra el laudo arbitral dictado. Esta tendencia, presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (94), y en los textos convencionales de los que es parte España, se recoge también en la LA de 1988 que limita las vías de impugnación del laudo a dos, el recurso de anulación, previsto en el art. 45 y ss., y el extraordinario de revisión, regulado en el art. 37 LA.

34. Centrándonos en el plano puramente convencional, el art. IX del Convenio de Ginebra de 1961 refiere al recurso de anulación del laudo arbitral "*amparado*" por el Convenio, señalando que tal anulación sólo constituirá causa de denegación del reconocimiento y ejecución en otro Estado contratante, en el caso de que la misma se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual, o conforme a cuya ley, fue pronunciado el fallo arbitral, y por cualquiera de las cuatro razones mencionadas por el precepto (95).

Igualmente, esta posibilidad de recurso se prevé en el Convenio de Nueva York de 1958, aunque en esta ocasión de forma puramente indirecta, al mencionar las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (96).

35. La regulación del recurso de anulación del laudo arbitral en la LA española vuelve a poner de manifiesto las limitaciones derivadas de un enfoque caracterizado por la distinción entre dos arbitrajes, el español y el extranjero y no entre arbitrajes que afectan al tráfico interno y al internacional. Como consecuencia del primer planteamiento, la ley española asume que los procedimientos arbitrales desarrollados en España serán españoles, y que los laudos dictados fuera de nuestras fronteras tendrán la condición de extranjeros y deberán obtener el correspondiente *exequatur* para producir efectos en nuestro país. Para aquellos supuestos de arbitrajes españoles en los que se haga patente algún elemento de extranjería, la LA

incluye el Título X "*De las normas de Derecho internacional privado*".

Coherentemente con este razonamiento, el recurso de anulación previsto en el art. 45 se refiere, en principio, a los laudos dictados en España, con independencia de que el litigio afecte, o no, al tráfico externo (97).

36. El art. 45 LA incluye un número cerrado de causas de anulación del laudo (98) que, en modo alguno inciden sobre el contenido material del mismo (99):

1) Nulidad del convenio arbitral,

2) Inobservancia de las formalidades y principios esenciales establecidos en la LA en relación con el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral,

3) Pronunciamiento del laudo fuera de plazo,

4) Los árbitros han resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o no susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje. En estos casos, según precisa el art. 45.4 "*la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal*".

5) El laudo se entiende contrario al orden público.

37. La competencia objetiva para conocer del recurso corresponde a la Audiencia provincial del lugar en donde se hubiera dictado el laudo (100). Solución muy criticada por la doctrina -al considerar que cierra el paso a una jurisprudencia uniforme sobre los motivos de anulación (101)- que implica una posición "*ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como si de una sentencia se tratara, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia*" (102).

El recurso, para cuya tramitación es preceptiva la intervención de abogado y procurador (103)- se interpone por medio de un escrito motivado que habrá de presentarse dentro de los diez días -hábiles desde el punto de vista procesal (104)- siguientes a la fecha de notificación del laudo o, en su caso, de la aclaración prevista en el art. 36 LA (105). La no interposición del recurso implica, lógicamente, que el laudo deviene firme (106).

En el escrito se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente (107).

Al escrito deberán acompañarse los documentos justificativos del convenio y laudo arbitrales (108). La Sala dispondrá "*los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no hubiere podido obtenerlas*" (109). El escrito será trasladado a las demás partes; éstas podrán impugnar por escrito el recurso dentro de los veinte días desde el traslado de la copia del mismo, proponiendo, si fueren necesarias, las pruebas que reúnan los requisitos anteriormente expresados (110), pruebas que habrán de practicarse en el plazo máximo de veinte días (111).

Dentro de los seis días desde la terminación del plazo concedido para la práctica de las pruebas, las partes podrán solicitar vista pública. Si al menos una parte lo pidiera, la Sala accederá a lo anterior dentro de los dos días siguientes. Dentro de los diez días siguientes al transcurso del plazo anterior sin petición de vista, o en su caso, de los posteriores a la celebración de ésta, la Audiencia Provincial dictará sentencia contra la que no cabrá recurso ulterior (112).

*B) Recurso de revisión.*

38. El laudo arbitral, una vez firme, produce efectos de cosa juzgada. El art. 37 LA reconoce esta eficacia precisando que contra el mismo sólo cabe el recurso de revisión "*conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes*" (113).

*C) Adopción de medidas cautelares en la fase postarbitral.*

39. La LA, que nada dice de la adopción de medidas cautelares en la fase arbitral, prevé, sin embargo, la posibilidad de adoptar las mismas en la fase posterior a la conclusión del arbitraje. Solución ésta, también prevista en el art. VI del Convenio de Nueva York de 1958 (114).

Se trata de unas medidas que, de acuerdo con el tenor del art. 50 LA se circunscriben a los supuestos en que se haya solicitado la anulación del laudo arbitral y cuyo objetivo consiste en asegurar la plena efectividad del laudo arbitral una vez que alcance firmeza (115).

La solicitud se formulará por escrito, acompañando copia del laudo. El juez resolverá en el plazo de tres días, previa comparecencia de las partes (116). El juez podrá señalar los afianzamientos que estime oportunos en el auto que dicte autorizando la adopción de las medidas cautelares; auto que no será susceptible de recurso (117). Las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación (118).

40. En definitiva, como señala la doctrina procesalista española, se trata de unas medidas en línea con las previstas en el art. 1.428 LEC. Unas medidas indeterminadas *-conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo-*, en las que el juez tiene una amplia libertad a la hora de adoptarlas y que, como ocurre en el art. 1.428, tienen carácter contradictorio, ya que su concesión o denegación se realiza previa comparecencia de las partes (119).

*D) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España.*

41. Durante algunos años, el sector del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España planteó graves problemas como consecuencia de la errónea política mantenida por el TS al respecto. La ratificación por España del Convenio de Nueva York, en 1977, no implicó automáticamente un cambio de tendencia en la jurisprudencia del TS, debiendo esperar al Auto de 11 de febrero de 1981 para que éste comenzase a materializarse (120).

La ratificación del Convenio de Nueva York y, años después, la promulgación de la LA ha permitido cambiar radicalmente la actitud de los tribunales españoles frente a los laudos extranjeros, pasando de una situación caracterizada por el habitual rechazo a un entorno de cuasi-automático y generalizado reconocimiento de los mismos (121).

En esta situación de apertura hacia el laudo extranjero, los problemas se centran, básicamente, en dos cuestiones muy concretas: en primer lugar, la interrelación del modelo diseñado en el Título IX LA con el régimen del Convenio de Nueva York de 1958 y, en segundo, la relación existente entre los distintos convenios bilaterales concluidos por España en materia de reconocimiento, y que incluyen los laudos arbitrales en su ámbito de aplicación, y el Convenio de Nueva York.

*a) La relación existente entre el Título IX LA y el Convenio de Nueva York de 1958.*

42. La inclusión del Título IX en la LA ha sido muy duramente criticada por la doctrina internacionalprivatista española que ve en él, no sólo una obviedad sino, lo que es mucho más negativo, una manifestación de una forma de legislar que no es de recibo en un país moderno.

El propio art. 56 LA reconoce que los laudos arbitrales extranjeros "*serán ejecutados* -parece que el legislador desconoce, como ya hace al rubricar el Título IX, que la ejecución es posterior al reconocimiento- *de conformidad con los Tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno*". La no realización de la reserva prevista por el art. 1.3 del Convenio de Nueva York atribuye carácter universal atribuido al Convenio, con lo que carece de sentido la coletilla "*y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente Ley*". Este error de partida lleva a la doctrina a apostar por la impracticabilidad del modelo previsto en el Título IX en favor del Convenio de Nueva York, destacando, a su vez, su carácter redundante y los errores a que puede inducir su inclusión en la LA (122).

Esta posición, absolutamente mayoritaria hasta el momento, ha sido recientemente matizada por las aportaciones de M.<sup>a</sup> Victoria Cuartero, quien intenta justificar la inclusión del Título IX poniéndolo en relación con el Convenio de Nueva York (123). En este sentido, vía art. VII.1 del Convenio -ésto es, a través de la posible existencia de un procedimiento más favorable al reconocimiento que el previsto en el Convenio- se cuestiona la posibilidad de acudir en ocasiones al art. 59 LA y no al procedimiento convencional. Y ello, en cuanto que este precepto no recoge la anulación como causa de denegación del laudo extranjero (124). La ausencia de esta causa incrementa el porcentaje de posibilidades de reconocer los laudos extranjeros y, en este sentido, haría prevalecer en este punto a la LA sobre el sistema diseñado en el Convenio de Nueva York.

En definitiva, y de acuerdo con esta interpretación, el modelo se articularía sobre el Convenio de Nueva York, y de forma subsidiaria, y sólo en aquellos casos en que permitiese más fácilmente el reconocimiento de los laudos extranjeros, sobre el Título IX LA (125).

43. El modelo de Nueva York se basa en una presunción favorable al reconocimiento de los laudos foráneos. Tal como precisa el art. V del texto neoyorquino, "*(S)ólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia...*"; en otras palabras, salvo que se pruebe alguna de las 7 causas tasadas que contiene el precepto -ninguna de las cuales, además, refiere al fondo del asunto- el laudo se reconocerá y producirá efectos en España.

De estas siete causas, cinco son alegables exclusivamente a instancia de parte, y las otras dos son estimables de oficio por "*la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución*".

44. Centrándonos en las primeras, las partes pueden alegar:

1) Que las partes en el convenio arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la ley que les es aplicable, o que tal convenio no es válido en virtud de la ley elegida por las partes o, en defecto de elección, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia,

2) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral o, por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus medios de defensa,

3) que la sentencia arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso, o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, siendo factible el reconocimiento parcial,

4) que la constitución del Tribunal Arbitral o del procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo



celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país en que se ha desarrollado el arbitraje y,

5) por último, que la sentencia no es obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

El reconocimiento y ejecución puede negarse, igualmente -en segundo lugar- si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de ser sometido a arbitraje, o si el reconocimiento y la ejecución son contrarios al orden público de ese país.

El reconocimiento, de acuerdo con el art. III del Convenio, se producirá de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, sin que puedan imponerse "*condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*". Esto es, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 955 y siguientes de la LEC.

Para obtener el reconocimiento, la parte que lo solicite deberá presentar, junto con la demanda, el original autenticado de la sentencia y el original del acuerdo arbitral, debiendo traducirse, caso de no estar redactado en un idioma oficial en España (126).

45. Por su parte, el Título IX -incorrectamente intitulado, ya lo hemos comentado, "*De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*"- comienza precisando en su art. 57 que el órgano competente para "ejecutar" -léase "reconocer"- los laudos extranjeros es el TS, solución ya prevista en el art. 955 LEC.

Mas no es ésta la única norma redundante. El art. 58.1, obviando el mandato de los arts. 8 CC, 951 y ss. LEC y III del Convenio de Nueva York, señala que la ejecución se llevará a efecto según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales españoles.

La LA, como ocurre con el texto de 1958 y con la mayoría de las soluciones nacionales, asume una posición favorable al reconocimiento de los laudos extranjeros. De esta forma, no sólo señala en el art. 58.2 que "*20 (D)enegada por defectos formales la ejecución del laudo arbitral extranjero, la parte a quien interese aquélla podrá, una vez subsanados dichos defectos, volver a solicitarla*", sino que, de nuevo, el art. 59 asume que el laudo deberá reconocerse salvo que se verifiquen alguna de las causas -tasadas- previstas por la ley.

En este punto, la LA conecta con la filosofía del Convenio. Sin embargo, las causas incorporadas difieren de las previstas en el art. V del Convenio de Nueva York y las personas legitimadas para alegarlas, también son distintas:

1) Así, en primer lugar, se matiza la distinción entre causas alegables a instancia de parte y estimables de oficio por "*las autoridades*". El art. 59 distingue aquellas estimables de oficio "*(L)a Sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo...*" y las alegables por las partes o, ésto es importante, por el Ministerio Fiscal.

2) En segundo lugar, las causas también son distintas. Efectivamente, dentro del primer grupo se habla de la contrariedad con el orden público, o "*si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la ley española, no son susceptibles de arbitraje*". Sin embargo, en el segundo grupo, las cinco causas previstas en el Convenio quedan reducidas aquí a tres: nulidad del convenio, en los casos del art. 45.2 "*conforme a la ley que resulte aplicable*", y cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

*b) Relación existente entre los Convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras ratificados por España y el Convenio de Nueva York de 1958.*

46. Bastantes de los Convenios bilaterales concluidos por España sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales incluyen dentro de su ámbito de aplicación al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En concreto, se trata del Tratado entre España y la Confederación Suiza para la ejecución de las sentencias o fallos dictados en los respectivos países, de 19 de noviembre de 1896 (127), el Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas, de 28 de mayo de 1969 (128), el Convenio entre España e Italia, sobre asistencia y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 22 de mayo de 1973 (129), el Convenio entre España y Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de 4 de mayo de 1987 (130), el Convenio entre España y Brasil, de cooperación jurídica en materia civil, de 13 de diciembre de 1989 (131), el Convenio entre España y México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, de 17 de abril de 1989 (132), el Convenio entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992 (133) y el Convenio entre España y Bulgaria de asistencia judicial internacional en materia civil, de 23 de mayo de 1993 (134).

47. Las soluciones aportadas por estos textos convencionales en relación al reconocimiento y ejecución de los laudos foráneos no son uniformes. Así, como mínimo, pueden distinguirse dos grandes grupos:

1) Un primer grupo, formado por los dos últimos Convenios concluidos por España -los celebrados con China y con Bulgaria- que incluyen el reconocimiento de laudos dentro de su ámbito de aplicación, canalizándolo, sin embargo, a través del Convenio de Nueva York (135).

2) Un segundo grupo, en el que se agrupan el resto de los textos mencionados, que proceden a remitir el reconocimiento y ejecución de los laudos foráneos al régimen del Convenio bilateral. La solución, muy criticada por la doctrina (136) no sólo genera importantes disfuncionalidades al aplicar a los laudos un régimen previsto para las resoluciones judiciales, supone, también, el establecimiento de condiciones distintas según los diversos convenios y, lo que es más importante, si cabe, plantea problemas en cuanto a la relación de los textos bilaterales con el Convenio de Nueva York que, recordemos una vez más, tiene la condición de Convenio universal a efectos del ordenamiento jurídico español.

En este sentido, la coexistencia de estos textos convencionales con el convenio de 1958 no ha sido ni es pacífica, manteniéndose una jurisprudencia poco rectilínea en la materia. La prevalencia de los convenios bilaterales cede en ocasiones en favor del texto neoyorquino, procediéndose en otras a intentos de aplicación cumulativa (137).

### **III. Breves conclusiones**

48. La intervención del juez en las distintas fases del arbitraje no puede aproximarse como algo extraordinario y excepcional. Lejos de ello, la propia naturaleza de la institución arbitral exige en ocasiones, para alcanzar su éxito, que la actuación del árbitro se vea apoyada por los jueces. Este principio, asumido con mayor o menor amplitud por los distintos legisladores nacionales y por los Convenios concluidos en la materia, encuentra una conflictiva proyección en el arbitraje comercial internacional, en España, como

consecuencia de las lagunas y las insuficiencias de la LA de 1988.

La ausencia de un correcto tratamiento del arbitraje como medio de resolución de controversias en el comercio internacional y los oscuros planteamientos con que se afronta su regulación, hacen que las limitaciones presentes en la LA -que como hemos apuntado son bastantes- se manifiesten de forma más contundente al afrontar la problemática generada por el arbitraje comercial internacional. Ello no hace sino destacar la necesidad de proceder a una pronta reforma del modelo, al menos en lo relativo a su proyección internacional; reforma que parece se encuentra ya en marcha.

## Notas

(1) En adelante ADR. Para una aproximación global a este movimiento, y por todos, vid. "Special Issue. Dispute Resolution: Civil Justice and Its Alternatives", *MLR*, Vol. 56, n.º 3.

(2) A modo de ejemplo, podemos citar como la *American Arbitration Association* (en adelante AAA) tuvo que hacer frente en 1990, a 224 solicitudes de arbitraje, que se elevaron a 319 en 1991, descendiendo a 252, en 1992. Por su parte, la *International Chamber of Commerce*, recibió 365, 333 y 337 en esos tres mismos años. El Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hong Kong, por último, vio incrementarse sensiblemente sus solicitudes, al recibir 54, en 1990, 94, en 1991, y 185, en 1992.

Para hacernos una idea de las cuantías de las disputas suscitadas, y tomando como referencia el Tribunal Arbitral Internacional de Londres, un 15% de los asuntos refería a cuantías comprendidas entre los 40.000 y 100.000 US\$, un 12% de 100.000 a 900.000, un 43%, 1 a 10 millones, un 20%, de 11 a 50 millones, un 8%, de 50 a 100 millones, y un 2% a litigios con una cuantía superior a los 100 millones de dólares. De estos asuntos, la cuantía más pequeña fue de 40.000 dólares, y la mayor superó los 600 millones. (Cit. por J.G. WETTER, "The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years", en M. HUNTER, A. MARRIOTT y V.V. VEEDER, *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, Londres, Graham and Trotman, 1995, págs. 96 y 100.

(3) La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, precisa en su art. 117.3 que, en los supuestos de contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras "se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros".

(4) En adelante LA.

(5) Por todos, F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho español, interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 28 y ss.

(6) E. ARTUCH IRIBERRI, "Arbitraje comercial internacional", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 471 y ss.

(7) Los árbitros, como precisa el TC en su Auto 43/1988 de 20 de junio de 1993 "no pueden ser calificados como jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley Suprema y en las demás del ramo" (En el mismo sentido, STC 62/1991). En el plano internacional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas llegó a similar solución en su célebre S. de 23 de marzo de 1982, en el asunto 102/81, *Nordsee* (Rec. 1982, págs. 1.108-1.112), en el que el Alto Tribunal entendió que la mención que el art. 177 del Tratado de Roma realiza a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no abarca a los árbitros, en cuanto éstos no forman parte, bajo ningún concepto del orden jurisdiccional.

(8) STC n.º 288/1993, de 4 de octubre de 1993 (i, 1993, pág. 314). El arbitraje, cuya licitud constitucional ha sido declarada reiteradamente, constituye "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente se vincula

con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre de 1996, BOE n.º 303, suplemento, pág. 13). En el mismo sentido, SSTC 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995.

(9) J.L. ROCA AYMAR, "Las medidas cautelares en materia de arbitraje internacional: su eficacia según la ley española", RCEA, 1994, pág. 101.

(10) Al respecto, vid. SAM de 10 de diciembre de 1991, RCEA, 1992, págs. 162 y ss.

(11) Al respecto, vid. S. BARONA VILAR, "Artículo 56", en J. MONTERO AROCA (Dir.), *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Cívitas, 1990,

págs. 288 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Artículo 56", en R. BERCOVITZRODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, págs. 798 y ss.; E. ARTUCH IRIBERRI, art. cit., págs. 474 y ss.

(12) BOE n.º 164, de 11 de julio de 1977. El precepto señala, "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas" (el subrayado es nuestro).

(13) Art. I.1 in fine.

(14) BOE n.º 238, de 4 de octubre de 1975.

(15) El subrayado es nuestro.

(16) El listado completo de Convenios aparece recogido en F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 153.

(17) BOE n.º 219, de 13 de septiembre de 1994.

(18) F. MANTILLA SERRANO, "Arbitraje internacional y protocolización del laudo", RCEA, 1994, pág. 180 o A.M. LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 113.

(19) E. ARTUCH IRIBERRI, "El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (a propósito de la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)", RCEA, 1992, pág. 123.

(20) M.V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial internacional. Problemas de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución en el sistema español*, (inédito), 1996, págs. 59 y ss.

(21) Al respecto, y para un análisis comparado de su tratamiento, vid. C. ESPLUGUES MOTA, "National Intervention in International Commercial Arbitration", *Revue générale de droit*, 1988, págs. 83 y ss.

(22) Art. V.1.b) del Convenio, a contrario, art. 15.2 del Reglamento de arbitraje de la CCI o art. 24 del Reglamento de arbitraje de la AAA.

(23) E. ARTUCH IRIBERRI, "Arbitraje...", art. cit., pág. 485.

(24) "*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*".

(25) Al respecto, vid. SAP Barcelona, de 21 de julio de 1992, RCEA, 1993, pág. 183.

(26) Art. II.2 del Convenio de Nueva York de 1958. Para un análisis de las soluciones comparadas, vid. A.L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 63-64.

(27) Al respecto, vid. R. ARROYO MONTERO, "Art. 61", en R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, op. cit., págs. 897 y ss.

(28) J. MONTERO AROCA, M. ORTELLS RAMOS y J.L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, II.

1.º (Proceso Civil), Barcelona, Bosch, 1994, págs. 182 y ss.

(29) "(L)as partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personarse en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción". Nótese, E. ARTUCH IRIBERRI, "Arbitraje...", art. cit., pág. 486.

(30) RAJ 1993, 1241.

(31) RCEA, 1993, pág. 162.

(32) RCEA, 1993, pág. 176.

(33) RCEA, 1995, pág. 253.

(34) RCEA, 1995, pág. 255.

(35) RCEA, 1995, pág. 300.

(36) SAP de Valencia, de 12 de enero de 1995, cit., pág. 301.

(37) SAP de Valencia, de 12 de enero de 1995, cit., pág. 301.

(38) SAP de Valencia, de 12 de enero de 1995, cit., pág. 301.

(39) RCEA, 1994, pág. 2.653.

(40) RCEA, 1993, pág. 233.

(41) AC, 1993, pág. 371.

(42) AC, 1993, pág. 1.258.

(43) RCEA, 1993, pág. 210.

(44) RCEA, 1994, pág. 229.

(45) SAP de Navarra, de 16 de marzo de 1993, cit., subrayado del autor. La Sentencia, con anterioridad, señala que la doctrina jurisprudencial referente al art. 58.2 LEC "no resulta aplicable a la renuncia tácita al arbitraje, por cuanto si, de 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" (SAP de Navarra, de 16 de marzo de 1993, cit.).*

(46) F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 76.

(47) Y como señala el propio F. CORDÓN, la propia posición jurisprudencial en relación con el art. 58.2 LEC, no es tan estricta como parece. En este sentido, señala la STS de 22 de marzo de 1991, RAJ 2432. (F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 77).

(48) Al respecto, vid. C. ESPLUGUES MOTA, art. cit., pág. 89; J.M. CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHAN, op. cit., págs. 738 y ss.

(49) Lo mismo ocurre con los Reglamentos de arbitraje de la Cámara de comercio internacional (art. 2.1) o de la AAA (art. 5 y ss.).

(50) Al respecto, vid. F. CORDÓN MORENO, op. cit., págs. 79 y ss.; A. MONTÓN REDONDO, "Título VI", en J. MONTERO (Dir.), op. cit., págs. 195 y ss. Para un análisis comparado, vid. C. ESPLUGUES

MOTA, art. cit., págs. 89 y ss.

(51) Art. 38.2.

(52) Art. 39.1.

(53) Art. 39.3.

(54) Art. 40.1.

(55) Art. 40.2.

(56) Art. 42.2.

(57) Art. 42.3.

(58) Art. 42.2.

(59) F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 103. Para una aproximación en profundidad al art. 26, vid. M.J. MASCARELL NAVARRO, "Artículo 26", en J. MONTERO AROCA (Dir.), *Comentario...*, op. cit., págs. 142 y ss.

(60) Al respecto, vid. STSJ Cataluña de 4 de marzo de 1991, RAJ 3901. Vid. igualmente, SAP de Almería, de 11 de mayo de 1992, RCEA, 1993, pág. 157, en la que se pone de manifiesto de forma clara que "*El art. 26 de la Ley de Arbitraje de Derecho privado, establece que los árbitros practicarán las pruebas que estimen pertinentes y sean admisibles en Derecho, bien propuestas a instancia de parte, bien por propia iniciativa*" (pág. 160), lo que implica que pueden practicar una prueba propuesta por una de las partes, aunque con posterioridad ésta renuncie a la misma.

(61) Buen ejemplo de ello lo constituye el art. 29 del Reglamento del Tribunal Arbitral de comercio de Bilbao. Mucho menos positiva, en cuanto se limita a reproducir el texto de la ley es la solución incorporada en la Regla 6.<sup>a</sup> del Reglamento arbitral de la Corte de Arbitraje de Valencia.

(62) Vid. C. ESPLUGUES MOTA, art. cit., págs. 97 y ss., M. KERR, "Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law", *ICLQ*, 1985, págs. 2 y ss.

(63) S. 7 USC. Al respecto, vid. H. HOLTZMAN y R. COULSON, "L'administration de la preuve dans les arbitrages commerciaux américains", *Rev.Arb.*, 1974, págs. 130 y ss.

(64) M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 27", en J. MONTERO AROCA, op. cit., pág. 149.

(65) Al amparo del art. 24.1 LA. Al respecto, vid. M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 43", en J. MONTERO AROCA, op. cit., pág. 223.

(66) El art. 44 precisa que "*Los jueces de Primera Instancia rechazarán fundamentalmente la práctica de pruebas contrarias a las Leyes, sin que contra sus resoluciones quepa recurso alguno*".

(67) M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 43", art. cit., pág. 225.

(68) Negada, sin embargo, por algún sector doctrinal. Al respecto, E. FONT SERRA, "La nueva configuración del arbitraje en Derecho español", *Justicia*, 1989, pág. 471; F. CORDÓN MORENO (op. cit., pág. 105), quien tras afirmar que

el juez asume "la completa dirección de la práctica de la prueba" señala, sin embargo que, "ello no excluye, en mi opinión, que, dentro de ella, su actuación se limite a realizar alguna actividad complementaria (por ejemplo, el requerimiento coactivo a un testigo).

(69) M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 43", art. cit., pág. 225.

(70) Vid. C. ESPLUGUES MOTA, art. cit., págs. 95 y ss.; J.M. CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHAN, op. cit., págs. 877 y ss.

(71) Téngase en cuenta, igualmente, el art. 7 del Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de buques, de 10 de mayo de 1952.

(72) Al respecto, E. ARTUCH IRIBERRI, *La eficacia del Convenio Arbitral internacional en el Derecho internacional privado español (Cuestiones de Derecho aplicable)*, Madrid, Tesis Doctoral, (inédita), 1996, pág. 456.

(73) En cuyo art. 30 se admitía la posibilidad de que los árbitros de oficio o a instancia de parte adop-

tasen las medidas cautelares que juzgaran oportunas pudiendo solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia para la ejecución de tales medidas (Vid. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Artículo 50", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), op. cit., págs. 758 y ss.).

(74) B.M. CREMADES, "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, n.º 2197, 1989, pág. 5; A.M. LORCA NAVARRETE, op. cit., págs. 87-88; M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 50", en J. MONTERO AROCA, op. cit., pág. 256.

(75) S. BARONA VILAR, "Nota al A. de la AP de Barcelona, de 25 de noviembre de 1994", *RCEA*, 1995, pág. 291.

(76) J.L. ROCA AYMAR, art. cit., págs. 102 y ss.

(77) AAP Barcelona, de 25 de noviembre de 1994, *RCEA*, 1995, pág. 289, especialmente, 290.

(78) M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 50", en J. MONTERO AROCA, op. cit., págs. 257-258. Igualmente, S. BARONA VILAR, "Nota al Auto AP Cádiz...", cit., pág. 229.

(79) A.M. LORCA NAVARRETE, op. cit., págs. 188-190; B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, art. cit., pág. 5.

(80) *RCEA*, 1992, pág. 221, con excelente nota de S. BARONA VILAR.

(81) *RAJ*, 4124.

(82) Cit.

(83) E. ARTUCH IRIBERRI menciona en su tesis doctoral una cuarta resolución judicial que nosotros no hemos podido localizar, se trata de la SAP de Oviedo, de 28 de abril de 1992 (*RJ Asturias*, 1993, n.º 16, págs. 397-399), en la que se mantiene, de nuevo, una posición favorable a la estimación de solicitud de medidas cautelares.

(84) Cit. pág. 223.

(85) *Ibid.*

(86) E. ARTUCH IRIBERRI, op. cit., pág. 457.

(87) Vid. S. BARONA VILAR, "Nota al Auto AP Cádiz...", cit., pág. 229. La crítica se deriva no tanto de la concreta solución alcanzada, como de la intuición de que la Audiencia Provincial atribuye al texto ginebrino la condición de convenio *erga omnes* "por vía jurisprudencial".

(88) Cit. pág. 289.

(89) Cit. pág. 290.

(90) Vid. S. BARONA VILAR, "Nota al AAP de Barcelona...", art. cit., pág. 290.

(91) De hecho, la Audiencia Provincial de Barcelona continúa señalando que, "*La postura que se sostiene no ignora la existencia de otros problemas colaterales, puramente procesales, derivados de la regulación que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil de las medidas cautelares, concretamente los relativos al momento de la solicitud de las medidas y al tribunal competente para decretarlas, siempre dando por supuesto que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello. Respecto del primer punto, el problema es realmente irresoluble cuando la petición se realiza con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, pero no suscita cuestión alguna cuando tal petición se realiza una vez iniciado el mismo (art. 1.411); respecto del segundo punto, la solución es más fácil, puesto que será el juez competente quien lo sea para la ejecución del laudo (art. 50 LA y art. 919 LEC)*". (Cit. pág. 290).

(92) E. ARTUCH IRIBERRI, "Arbitraje...", art. cit., pág. 494.

(93) De hecho, algunas estadísticas de la CCI reflejan como sólo un 8% de los laudos dictados anualmente al amparo de las Reglas CCI requieren ser ejecutados de forma forzosa. Al respecto, vid. A. SCHMITT, *Artículo V of the New York Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards, Comparative Study of the Courts Ruling in the Federal Republic of Germany, France and the United States of America*, Harvard Law School, LLM Thesis (inérita), págs. 1-2.

(94) Vid. C. ESPLUGUES MOTA, art. cit., págs. 104 y ss.

(95) "a) las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo;

b) la parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos,

c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje pueden ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas;

d) la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el art. IV del presente Convenio".

(96) Art. V, 1, e), "Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia". (subrayado nuestro). Téngase en cuenta que el art. IX.2 del Convenio de Ginebra precisa que en las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo parte en el Convenio de Nueva York y el de Ginebra, el art. IX.1.d) de este Convenio, restringe la aplicación del art. V.1.e) del texto neoyorquino "únicamente a los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1".

(97) El amplio volumen de resoluciones judiciales existente en materia de recurso de nulidad motiva que nos remitamos de forma general a las crónicas de jurisprudencia en materia de arbitraje interno e internacional que anualmente publica la *Revista de la Corte española de arbitraje*. Para que nos hagamos una idea, en el número correspondiente al año 1990, de 26 resoluciones, 17 refieren al recurso de nulidad; en 1991, de 14 resoluciones mencionadas, 11 refieren; en 1992, de 11, 4; en 1993, de 28, 11; en 1994, de 22, 5 y, por último, en 1995, de 28, 13.

(98) Para un análisis en profundidad de las causas previstas en el art. 45, vid. S. BARONA VILAR, "Artículo 45", en J. MONTERO (dir.), op. cit., págs. 231 y ss. Igualmente, R. HINOJOSA SEGOVIA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991. En relación con el procedimiento arbitral, vid. los comentarios de la Profa. S. BARONA VILAR a los arts. 46 y ss. (en J. MONTERO (Dir.), op. cit., págs. 241 y ss.).

(99) F. CORDÓN MORENO, op. cit., págs. 125 y ss.

(100) Art. 46.1.

(101) S. BARONA VILAR, "El recurso de anulación del laudo arbitral", *RCEA*, 1988-89, pág. 119; S. ORTIZ NAVACERRADA, "La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales", *AC*, 1989-2, pág. 161.

(102) Exposición de Motivos de la LA.

(103) Art. 51.

(104) F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 133.

(105) Art. 46.2.

(106) S. BARONA VILAR, "Artículo 45", art. cit., pág. 242.

(107) Art. 46.3.

(108) Art. 46.1.

(109) Art. 46.2.



(110) Art. 48.1.

(111) Art. 48.2.

(112) Art. 49.1 y 2.

(113) Vid. F. CORD[ON MORENO, op. cit., págs. 136 y ss.; S. BARONA VILAR, "Artículo 37", art. cit., págs. 190 y ss.

(114) "Si se ha pedido a la autoridad competente ... la anulación o suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas" (subrayado del autor).

(115) Art. 50.1.

(116) Art. 50.3.

(117) Art. 50.2.

(118) Art. 50.4.

(119) M. ORTELLS RAMOS, "Artículo 50", art. cit., págs. 256 y ss.; F. CORDÓN MORENO, op. cit., pág. 135.

(120) C. ESPLUGUES MOTA, "Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, 1988-89, págs. 145 y ss. Igualmente, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "El largo camino hacia la Ley 36/1988 de Arbitraje", *RCEA*, 1988-89, págs. 29 y ss.; *Ibid.*, "La situación del arbitraje comercial internacional en España: crónica de un singular proceso legislativo", en APDI, *El arbitraje internacional*, Zaragoza, 1989, págs. 169-188.

(121) C. ESPLUGUES MOTA, "Reflexiones...", art. cit., pág. 153. El amplísimo volumen de resoluciones existente en la materia hace que nos refiramos genéricamente a las crónicas de jurisprudencia incluidas con carácter anual en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje* y, con carácter semestral, en la *Revista Española de Derecho Internacional*.

(122) En la medida en que el régimen previsto en la LA altera un tanto las soluciones recogidas en el art. V del Convenio de Nueva York, básicamente en lo relativo a las causas y a quienes sean las personas legitimadas para solicitar la denegación. Al respecto, vid., C. ESPLUGUES MOTA, "Reflexiones...", art. cit., págs. 164 y ss.; J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Artículo 56", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), op. cit., págs. 809 y ss.

(123) M.<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, op. cit., pág. 225.

(124) Lo que, sin embargo, genera una importante polémica doctrinal que intenta salvarse subsumiendo esta causa en alguna de las otras recogidas en el precepto. Al respecto, y por todos, M.<sup>av</sup>. CUARTERO RUBIO, op. cit., pág. 226, en especial las notas 73, 74 y 75.

(125) Para un análisis pormenorizado del procedimiento a seguir tanto en el plano convencional como estatal, y por todos, vid. S. BARONA VILAR, "Resolución de controversias en el comercio internacional", en S. BARONA VILAR y otros, *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 872 y ss.

(126) Art. IV del Convenio.

(127) *Gaceta de Madrid*, de 8 de julio de 1898.

(128) *BOE* n.º 63, de 14 de marzo de 1970.

(129) *BOE* n.º 273, de 15 de noviembre de 1977.

(130) *BOE* n.º 290, de 3 de diciembre de 1988, corr. de errores, *BOE* n.º 22, de 26 de enero de 1989.

(131) *BOE* n.º 164, de 10 de julio de 1991, corr. de errores, *BOE* n.º 193, de 13 de agosto.

(132) *BOE* n.º 85, de 9 de abril de 1991, corr. de errores, *BOE* n.º 108, de 6 de mayo y n.º 226, de 20 de septiembre.

(133) *BOE* n.º 26, de 31 de enero de 1994, corr. de errores, *BOE* n.º 60, de 11 de marzo.

(134) *BOE* n.º 155, de 30 de junio de 1994.

(135) Arts. 24.2 y 22.1, respectivamente.

(136) Al respecto, vid. M.<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, op. cit., págs. 201 y ss.

(137) Al respecto, vid. C. ESPLUGUES MOTA, "Reflexiones...", art. cit., págs. 147 y 148; A.L. CALVO CARAVACA, "El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969: balance de quince años de vigencia", *RCEA*, 1985, págs. 316-317.