

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL RECOGIDO EN LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE DE 2003*

Carlos Esplugues Mota*

Sumário: Introducción; 1. La ley de arbitraje de 2003 y el arbitraje comercial internacional; 1.1. Ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje; 1.1.1. Punto de partida: La opción monista realizada por el legislador; 1.1.2. Incidencia directa de la opción monista en la tradicional distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional; 1.2. Determinación del carácter internacional del arbitraje; 1.3. Régimen jurídico del convenio arbitral; 1.4. Arbitrabilidad de las disputas sometidas a arbitraje comercial internacional; 1.5. La ley aplicable al fondo de la disputa; 1.5.1. Elección de normas reguladoras por las partes: admisión plena del principio de autonomía de la voluntad; 1.5.2. Ausencia de elección de normas reguladoras por las partes; 1.5.3. Normas comunes a uno y otro supuesto; 1.6. El régimen de reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros; 2. A modo de valoración final

Resumo: O artigo analisa aspectos fundamentais da nova lei de arbitragem espanhola (Lei 60/2003), que estabeleceu novo regime jurídico sobre o instituto, com a finalidade de oferecer incentivos reais às pessoas físicas e jurídicas para que optem por esta via de resolução de conflitos. A lei adotou o paradigma monista, pelo qual tanto a arbitragem interna quanto a externa (internacional) possuem praticamente a mesma regulamentação, visto que seriam poucas e muito justificadas as normas em que a arbitragem internacional requer uma regulação distinta da arbitragem nacional.

Palavras-chave: Conflitividade social; Arbitragem; Comércio internacional.

Abstract: This paper aims at analyzing basic aspects from the new Spanish arbitration law (60/2003 Law), that established new juridical system about the institute, proposing real incentives to individuals and enterprises so that they could choose this way of solving conflicts. The law adopted the monist paradigm and through it, the internal judgment as well as the external one (international) have almost the same regulation, since principles would be few, but very justified where international arbitration requires a distinct regulation from the national one.

Keywords: Social Disagreement; Arbitration; International Trading.

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto I+D MEC SEJ2004-03174: "Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI".

** LLM (Harvard), MSc (Edinburgh), Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia, España.

Introducción¹

1. La necesidad de un cambio en profundidad del régimen jurídico español del Arbitraje ha venido siendo puesta de manifiesta por la doctrina y la práctica española desde hace tiempo². En el plano interno, el modelo diseñado hace 15 años por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, se demostró incapaz durante su tiempo de vigencia de cumplir el objetivo último de fomentar el recurso a la institución arbitral como medio de resolver los litigios surgidos en la práctica diaria. En el plano internacional, las rígidas y desenfocadas soluciones recogidas en la Ley impidieron la conversión de España en un país “receptor” de arbitrajes internacionales, forzando a los operadores españoles a trasladarse a otros Estados con vistas a someter sus disputas a arbitraje comercial internacional.

Esta inconveniente situación quiere resolverse ahora a través de la promulgación de la Ley 60/2003, de Arbitraje³. Un texto normativo que diseña un nuevo régimen jurídico del arbitraje en España con la voluntad de colmar las lagunas existentes en la anterior regulación y resolver las disfunciones generadas por la misma, buscando, así, “ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos”⁴. Para ello, y al igual que han hecho otros muchos legisladores nacionales (más de 40 en estos momentos), los redactores de la Ley de Arbitraje adoptan como paradigma de referencia a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985. Un texto de *soft law* que, aunque diseñado originariamente para el arbitraje internacional, es también susceptible de ser aplicado al arbitraje interno, con mínimas adaptaciones⁵. Ello es, preci-

1 Breve listado de abreviaturas: ATS: Auto del Tribunal Supremo; Aud. Prov.: Audiencia Provincial; BOE: Boletín Oficial del Estado; cde: Corrección de errores; E.M.: Exposición de Motivos; LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; Pto: Punto; RCEA: Revista de la Corte Española de Arbitraje; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TOL: Tirant on line.

2 Con relación específicamente al ámbito del arbitraje comercial internacional, vid. ESPLUGUESMOTA, 1999, p. 68 y ss.

3 BOE, n.º 309, de 26 de diciembre de 2003.

4 E.M. de la Ley de Arbitraje, pto. I.

5 Esta posibilidad es asumida por la propia UNCITRAL a través de la nota explicativa de la Secretaría en relación con la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. La nota señala que el objetivo de la Ley Modelo es lograr un elevado grado de seguridad en el arbitraje comercial internacional a través de la uniformización de las distintas leyes nacionales en la materia. A partir de este dato, sin

samente, lo que hace el legislador español al alinearse claramente a favor de la opción monista⁶, optando por aplicar sus soluciones tanto al arbitraje interno como al internacional, con base en la asunción de que “*son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno*”⁷.

2. La nueva Ley de Arbitraje introduce cambios notables en relación con las soluciones existentes en la anterior normativa, de 1988. A partir de una aproximación al arbitraje como una institución anclada en la idea de libertad, el legislador procede a invertir la regla a favor del arbitraje de equidad, presente en la anterior normativa, decantándose ahora por el arbitraje de Derecho (en línea con lo que dispone la Ley Modelo). Esta opción se acompaña de una apuesta por el arbitraje institucional, y de una amplísima aceptación del uso de las nuevas tecnologías en el arbitraje. Junto a ello, la Ley realiza una importante clarificación de la intervención judicial en el procedimiento arbitral, incorporando una moderna posición en lo que a la adopción de medidas cautelares se refiere, y realizando una notable adecuación de amplios aspectos de dos cuestiones clave: el convenio arbitral y el tema de la designación de los árbitros. Finalmente, el legislador de 2003 opta, igualmente, por depurar la denominada etapa de control preprocesal de determinadas cuestiones que pueden interferir en el fondo del litigio, y por clarificar el régimen jurídico de la acción de anulación del laudo, entre otros varios temas⁸.

embargo, precisa que aunque “*la uniformidad sólo es necesaria respecto de los casos internacionales, los Estados pueden tener también interés en actualizar y perfeccionar la ley de arbitraje en relación con los casos que no tengan ese carácter y proceder, en función de ese interés, a promulgar una legislación moderna basada en la Ley Modelo para ambos tipos de casos*” (UNCITRAL, 1984, p. 18).

6 “*Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista*” (E.M. pto. II).

7 “*Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base – corroborada por la tendencia actual en la materia – de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general*”.

8 BARONA VILAR; ESPLUGUES MOTA, 2004, p. 13 a 17.

Todas estas reformas introducidas por la nueva Ley española de Arbitraje son enormemente relevantes y novedosas, y permiten bosquejar una nueva y diversa realidad del arbitraje en España. Sin embargo, aún siendo ello tremendamente relevante, es en relación con el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional donde la Ley española de 2003 realiza una auténtica revolución. A la misma vamos a dedicar las páginas siguientes, abordando la cuestión del ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje (II.1) y de la determinación de la internacionalidad del arbitraje (II.2), así como a la ley aplicable al convenio arbitral (II.3), a la arbitrabilidad (II.4) y al fondo del litigio (II.5). Por último se hará referencia al régimen del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (II.6).

1 La ley de arbitraje de 2003 y el arbitraje comercial internacional

1.1 Ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje

1.1.1 Punto de partida: La opción monista realizada por el legislador

3. La antigua Ley española de Arbitraje, de 1988, se diseñó en su momento pensando esencialmente en el arbitraje interno, esto es, aquél desarrollado en España sin presentar elemento alguno de conexión con un ordenamiento jurídico distinto del español. A partir de este dato, la normativa de 1988 se limitó a incorporar un conjunto de normas destinadas a hacer frente, por un lado, a la problemática de aquellos arbitrajes desarrollados en España que presentaban elementos de extranjería⁹ y, por otro, a abordar la cuestión de la eficacia, en nuestro país, de los laudos arbitrales extranjeros¹⁰.

El modelo pergeñado generó, cuanto menos, dos graves problemas que afectaron muy negativamente a su virtualidad práctica:

1) Desde un punto de vista estructural, la Ley de 1988 no dejaba claro si el legislador español optaba por una postura monista (diseñando un régimen jurídico similar para el arbitraje interno y para el internacional), o dualista

9 El Título X de la Ley, rubricado "De las normas de Derecho internacional privado".

10 Recogidas en el Título IX, intitulado "De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros".

(incorporando soluciones diferenciadas para ambos tipos de arbitrajes). Ante esta indeterminación, algunos consideraron que estábamos ante un sistema monista¹¹ y otros, por el contrario, entendieron que el modelo encontraba acomodo dentro de la concepción dualista¹². Todo apunta, sin embargo, a que los redactores de la Ley en momento alguno se plantearon esta cuestión¹³.

2) Desde una perspectiva de efectividad del modelo, la rigidez y miopía de las soluciones mantenidas en relación con el arbitraje con elementos de extranjería, por un lado, y el hecho de que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras¹⁴ goce en nuestro país de carácter universal, por otro, privó de eficacia práctica alguna a las soluciones recogidas en la normativa arbitral de 1988.

4. Este estado de cosas cambia ahora radicalmente. El legislador español no duda en afirmar que uno de los objetivos primordiales de la nueva regulación arbitral es diseñar un régimen jurídico del arbitraje comercial internacional atractivo, que genere certeza y seguridad en los agentes económicos, impulsando de esta suerte *“que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje”*. Esto es, fomentando la conversión de España en un centro de arbitraje comercial internacional.

Con este objetivo, como ya se ha apuntado anteriormente, el legislador español asume como texto de referencia a la Ley Modelo de la UNCITRAL, y lo hace extendiendo sus soluciones tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales desarrollados en territorio español. La Ley de Arbitraje, señala así, en su artículo 1, que la misma, *“se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje”*.

5. La Ley, pues, presenta un ámbito de aplicación en clave territorial: regulará todos los arbitrajes desarrollados en España, con independencia de su naturaleza interna o internacional. Únicamente con relación a algunos puntos

11 MANTILLA SERRANO, 2002, p. 854 y ss.

12 Aunque “incompleto”, vid. ARTUCH IRIBERRI, 1992, p. 123.

13 ESPLUGUES MOTA, 1997, p. 22; CUARTERO RUBIO, 1997, p. 58 y ss.

14 Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE de 11 de julio de 1977).

concretos se procede a introducir disposiciones específicamente diseñadas para el arbitraje internacional: esencialmente, en lo relativo al convenio arbitral (art. 9.6) y a la ley reguladora del fondo del litigio (art. 34).

Esta regla marcadamente territorial se matiza, sin embargo, respecto de los arbitrajes desarrollados fuera de España; arbitrajes que, al amparo del artículo 3.1.b) de la Ley tienen la condición de arbitrajes internacionales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la propia Ley 60/2003, a los mismos les serán aplicables las normas contenidas en el artículo 8.3, 4 y 6 (que determinan los órganos competentes para desarrollar diversas funciones de apoyo y control del arbitraje), en el 9.1, 3, 4, 5 y 6 (que especifican el régimen jurídico del convenio arbitral), en el 11 (sobre los efectos positivos y negativos del convenio arbitral) y en el 23 (relativo a la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares). Asimismo, les serán de aplicación las normas de los Títulos VIII ("*De la ejecución forzosa del laudo*") y IX ("*Del exequátur de laudos extranjeros*") de la Ley de Arbitraje

1.1.2 Incidencia directa de la opción monista en la tradicional distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional

6. La opción monista realizada por el legislador español afecta directamente a la relevancia práctica de la distinción clásica entre arbitraje interno y arbitraje internacional que, gracias a ella, se ve notablemente reducida.

Tradicionalmente, el arbitraje internacional ha gozado de un régimen jurídico mucho más flexible que el del arbitraje interno, de ahí la trascendencia de saber cuando estábamos ante uno u otro. De esta suerte, se ha hablado habitualmente de un arbitraje internacional en el que se admitía con más amplitud que en el interno el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se reconocía una mayor capacidad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, o se incorporaba una actitud más flexible hacia la arbitrabilidad de la disputa, entre otras cuestiones¹⁵.

La aplicación por el legislador español del régimen jurídico de la Ley Modelo de la UNCITRAL - pensado específicamente para el arbitraje

¹⁵ Al respecto, vid. BERNARDINI, 2000, p. 9-11.

internacional – tanto al arbitraje interno como al internacional matiza esas diferencias, que quedan ahora circunscritas a algunos puntos muy concretos; no por ello menos importantes. Como gráficamente señala la Exposición de Motivos de la Ley, la distinción pasa ahora a “*resulta(r) relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio*”¹⁶. De ahí la necesidad de concretar cuando estemos ante un arbitraje internacional.

1.2 Determinación del carácter internacional del arbitraje

7. Ya ha sido apuntado el hecho de que la anterior Ley española de Arbitraje fuera diseñada en su momento, pensando esencialmente en el arbitraje desarrollado en España sin presentar elemento alguno de conexión con un ordenamiento jurídico distinto del español. Este punto de partida se combinó con el mantenimiento de una posición radicalmente territorialista en lo que al arbitraje con elementos de extranjería se refiere. Así, el legislador español obviaba la clásica distinción entre el arbitraje “interno” y el arbitraje “internacional”, optando, en su lugar, por vincularse rígidamente al binomio arbitraje “nacional” y arbitraje “extranjero”. De esta forma, todo arbitraje desarrollado en España tenía la condición de arbitraje “nacional”, con independencia del mayor o menor grado de vinculación del litigio con nuestro país. Mientras que los arbitrajes que tenían lugar fuera del territorio español gozaban de la condición de arbitrajes “extranjeros”.

8. Esta situación varía ahora claramente en la Ley de Arbitraje de 2003. La nueva normativa asume con nitidez la distinción entre “arbitraje interno” y “arbitraje internacional”. La aceptación de este binomino implica admitir, en última instancia, que es posible desarrollar en España dos tipos de arbitraje de naturaleza y objetivos diversos: un arbitraje vinculado exclusivamente con nuestro país – el denominado arbitraje interno – y otro que presenta conexiones de signo diverso con varios ordenamientos jurídicos – llamado arbitraje internacional. Ambos, además, vendrán regulados por el mismo régimen legal, a salvo, eso sí, de las mínimas pero relevantes particularidades que la

16 E.M., pto. II.

Ley de Arbitraje de 2003 incorpora en relación con el arbitraje internacional. De ahí, en última instancia, la necesidad de conocer cuando estemos ante un arbitraje interno, y cuando, ante uno internacional.

9. El artículo 3.1 de la Ley española de Arbitraje incorpora la clave para diferenciar entre el arbitraje interno y el internacional. El precepto, en línea con lo dispuesto en la Ley Modelo de la UNCITRAL, determina la internacionalidad del arbitraje atendiendo a la vinculación que presenta éste con España. Significativamente, sin embargo, los concretos criterios utilizados para valorar dicha vinculación difieren en algunos extremos de los recogidos en la Ley Modelo¹⁷:

1) Así, en primer lugar, la internacionalidad del arbitraje desarrollado en nuestro país vendrá motivada por el hecho de que en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes – con independencia de cual sea su nacionalidad – tengan sus domicilios en Estados diferentes (art. 3.1.a). Se trata de una circunstancia objetiva de carácter territorial referida a las partes, que contrasta con la incorporada en el artículo 1.3.a) de la Ley Modelo en el que, en línea con los mandatos de otros textos elaborados en el seno de la UNCITRAL se utiliza la noción de “*establecimiento*” de las partes en lugar del “*domicilio*” de éstas¹⁸.

2) El segundo criterio utilizado por el legislador español a la hora de calificar un arbitraje como internacional refiere al hecho de que el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral al amparo del artículo 26¹⁹ de la propia Ley de Arbitraje, o determinable con arreglo a éste, se encuentra situado fuera del Estado en que las partes – con independencia de su nacionalidad – tengan sus respectivos domicilios (art. 3.1.b). Se mantiene, pues, la

17 Para un análisis en profundidad de las soluciones recogidas en el precepto, vid. C. ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

18 Se trata, de alguna manera, de un criterio – redactado en línea con la mantenida en el art. 1.1.a) del Convenio de Ginebra – considerado como “el” básico en el momento de elaborar la Ley Modelo. Aquel que – se entendió – generaría el mayor número de arbitrajes internacionales. Al respecto, HOLTZMANN; NEUHAUS, 1989, p. 29.

19 El art. 26 señala que serán las partes o, en defecto de éstas, los árbitros, quienes determinarán libremente el lugar del arbitraje, no impidiendo este factor que los árbitros puedan, en distintas condiciones, reunirse en cualquier otro sitio para desarrollar determinados actos procesales o deliberar. Al respecto, vid. PALAO MORENO In: BARONA VILAR, 2004.

misma solución recogida en el artículo 1.3.b.i) de la Ley Modelo, con la sustitución – una vez más – del término “*establecimiento*” por el de “*domicilio*”²⁰.

3) En tercer lugar se señala que un arbitraje será internacional cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia, esté situada fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (art. 3.1.b). El criterio viene a coincidir en términos generales con el recogido en el artículo 1.3.b.ii) de la Ley Modelo, en el que se hace referencia al “*lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial*”.

4) El cuarto criterio usado por el legislador español para adjetivar al arbitraje como internacional menciona la circunstancia de que el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha esté situada fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (art. 3.1.b). Se trata de una regla que reproduce de forma prácticamente mimética la solución prevista en el artículo 1.3.b.ii) de la Ley Modelo, en el que se hace mención al “*lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha*”, con la salvedad de la sustitución de la idea de “*establecimiento*” de las partes, por la del “*domicilio*” de las partes.

5) Por último, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje refiere al hecho de que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional (art. 3.1.c). Es éste un criterio conocido hasta ahora en el ordenamiento jurídico español a través del Convenio de Ginebra de 1961, y que se encuentra presente en algunos ordenamientos jurídicos nacionales de nuestro entorno. De hecho, el artículo 3.1.c) de la Ley española no hace sino reproducir linealmente el mandato del artículo 1492 CPC francés²¹.

10. La comparación de las soluciones recogidas en la Ley española de Arbitraje y las presentes en la Ley Modelo de la UNCITRAL pone de manifiesto la existencia de diferencias entre una y otra en cuanto a la concreción de la condición internacional del arbitraje. La Ley Modelo de la UNCITRAL

20 Previsiblemente, y esto ya fue apuntado en el momento de elaboración de la Ley Modelo, los mayores problemas que pueda plantear esta regla derivarán del entendimiento atribuible a la expresión “*con arreglo a éste*”. Al respecto, vid. HOLTZMANN; NEUHAUS, 1989, p. 30-31.

21 Un criterio, éste, rechazado en el momento de elaboración de la Ley Modelo por considerar que era susceptible de generar divergencias a la hora de su interpretación por los tribunales de los diversos Estados. Al respecto, vid. HOLTZMANN; NEUHAUS, 1989, p. 28-29; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 57.

combina cuatro criterios objetivos de carácter territorial – establecimientos de las partes en Estados diferentes, lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral, lugar de cumplimiento de la obligación o lugar con el que el objeto del litigio tenga una vinculación más estrecha –, con la referencia directa al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por contra, la Ley española de Arbitraje de 2003 obvia esta última mención a la autonomía de la voluntad – directa – como criterio de especificación de la internacionalidad del arbitraje, optando por utilizar exclusivamente factores objetivos no siempre idénticos a los recogidos en la Ley Modelo; al alterarse las tres conexiones territoriales utilizadas en el artículo 1.1.3.a) y b) de la Ley Modelo, que pasa de ser el establecimiento de las partes – presente en el texto de la UNCITRAL –, al domicilio de éstas.

1.3 Régimen jurídico del convenio arbitral

11. La anterior Ley española de Arbitraje regulaba en su artículo 61 la problemática de la “*validez del convenio arbitral y sus efectos*”, en el marco del arbitraje desarrollado en España con elementos de extranjería. Desde un principio, la doctrina criticó de forma prácticamente unánime las soluciones aportadas en el precepto, destacando que las mismas adolecían de una excesiva simplicidad en sus planteamientos, y de una innecesaria rigidez en sus soluciones²².

12. La Ley 60/2003, de Arbitraje, aborda – ahora – en su artículo 9.6 la temática de la validez del convenio arbitral en el arbitraje internacional. El precepto incorpora planteamientos y soluciones novedosas en relación con el texto de 1988. En el mismo, sin embargo, perduran algunos interrogantes relevantes.

En este sentido, subsiste el dilema de saber hasta qué punto resulta necesario incorporar un precepto que trate la problemática de la validez del convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional, como realidad separada del arbitraje interno. Y, caso de entender que así debe ser, se hace necesario verificar si es correcta la opción de aportar una respuesta de na-

22 Para una valoración del precepto, nótese, ARROYO MONTERO, In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1991, p. 897 y ss.; ESPLUGUES MOTA In: MONTERO AROCA, 1990, p. 316 y ss.; CALVO CARAVACA, In: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, 1993, p. 744 y ss. Como ejemplo de las negativas consecuencias a que conducía el art. 61 de la Ley de Arbitraje de 1988, vid., STS de 23 de julio de 2001 (2002, p. 246 y ss.).

turalidad conflictual y vocación de globalidad, respecto de una figura que no es unitaria en su entendimiento y que presenta múltiples interrogantes, analizando los términos de la misma.

1) Con relación a la primera cuestión, la opción de incluir en la Ley de Arbitraje una norma específicamente diseñada para regular la problemática de la validez del convenio arbitral en el arbitraje internacional contrasta con la posición mantenida en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional – texto inspirador de la normativa arbitral española –, y en la mayoría de las más recientes leyes nacionales en materia de arbitraje²³.

Centrándonos en la Ley Modelo, el contraste con las soluciones incluidas en la misma es manifiesto. La lectura del artículo 7 del texto de la UNCITRAL pone de relieve cómo las soluciones recogidas en el precepto se encuentran ahora incorporadas – a grandes rasgos – en los numerales 1 a 5 del artículo 9 de la Ley española de arbitraje. Este hecho genera la llamativa consecuencia de que un artículo diseñado para aportar una respuesta material específicamente pensada para el arbitraje comercial internacional – el artículo 7 de la Ley Modelo –, se proyecta, ahora, por el legislador español en el plano del arbitraje interno. Introduciéndose, correlativamente, por el legislador patrio, una norma de carácter conflictual, pensada y diseñada para regular la validez del convenio arbitral en el marco del arbitraje internacional y que, como hemos dicho, no se encuentra presente en el texto de la UNCITRAL.

2) Atendida la opción del legislador español favorable a la incorporación de una norma relativa a la regulación de la validez del convenio arbitral en el

23 Junto a ello, el análisis de los más recientes textos legales nacionales en materia de arbitraje, pone de manifiesto como la gran mayoría de ellos tiende a incluir una norma de carácter material en relación con el convenio arbitral. Una norma que además, aparece habitualmente referida, tanto al arbitraje interno, como al internacional [Nótese, en este sentido, la ley boliviana de arbitraje y conciliación, de 1997 (arts. 74-76), la ley de arbitraje china, de 1994 (art. 16-20), la ley de resolución alterna de conflictos y de promoción de la paz social, de Costa Rica, de 1997 (art. 23), la ley de arbitraje en materia civil y comercial de Egipto, de 1994 (art. 10-14), la ley de arbitraje guatemalteca, de 1995 (arts. 10 a 12), la ley hondureña de arbitraje y conciliación de 2000 (arts. 37 a 40), la ley de arbitraje inglesa, de 1996 (S. 6), la ley peruana de arbitraje, de 1996 (arts. 98-99) o la ley venezolana, de 1998 (arts. 5-6), entre otras]. Esta posición se proyecta, incluso, en el ámbito de la acción de nulidad del laudo arbitral, determinando que tan sólo un reducido número de estos textos proceda a especificar cual será la ley reguladora del convenio arbitral a efectos de la misma. De hecho, de las recientes normativas nacionales cabe señalar a la ley panameña de arbitraje, conciliación y mediación de 1995 (art. 43.2) o a la normativa finlandesa de 1992 (Al respecto, vid., TAIWALKOVSKI, 1997, p. 139 y ss.) como incluyendo soluciones que comparten la filosofía, que no necesariamente las específicas soluciones, de la ley española.

arbitraje comercial internacional, se suscita seguidamente la cuestión de determinar cuales sean los términos en que deba venir redactada la misma.

Precisamente, en los últimos tiempos se han planteado interesantes controversias doctrinales y jurisprudenciales en relación con este específico punto de la concreción de la ley reguladora del convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional. Se suscita, así, la cuestión de vincular la regulación del convenio arbitral al mecanismo clásico de la norma de conflicto o, por el contrario, de referirlo a una norma material que aporte una respuesta directa a la cuestión²⁴, en línea con lo realizado por la jurisprudencia francesa a lo largo de las últimas décadas²⁵.

El legislador español, conectando con lo dispuesto en el artículo 178.2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado o el artículo 4 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1989 sobre "*L'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères*", y con la propia práctica española en relación con el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958²⁶, opta por una opción enmarcada en las soluciones conflictuales, combinando la referencia al método conflictual clásico, con una norma de carácter sustantivo favorable a la validez del convenio arbitral, y que permite obviar la elección de Derecho realizada por las partes en el supuesto de que la misma no facilite la validez del convenio²⁷.

24 Algún autor minimiza las diferencias existentes en la práctica entre uno y otro método. Al respecto, vid. ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 177.

25 Para un análisis de la jurisprudencia francesa en la materia, vid. GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 229, especialmente notas 118, 138 y 139; ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 159 y ss.; CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p. 53 y ss.. Nótese, en este sentido, lo señalado en la Sentencia C.Cass., de 20 de diciembre de 1993, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergib c./ Dalico, J.D.I.*, 1994, p. 432 y ss.

26 Al respecto vid. ESPLUGUES MOTA, In: BARONA VILAR, 2004. Igualmente, nótese ARTUCH IRIBERRI, 2000-2001, p. 262-263. Con relación a la jurisprudencia existente en la materia, vid., los AATS de 14 de enero de 2003 (*TOL 268796*), 26 de febrero de 2002 (*RCEA*, 2003, p. 368); de 13 de noviembre de 2001 (*RCEA*, 2002, p. 257), de 13 de marzo de 2001 (*TOL 149505*), de 20 de febrero de 2001 (*TOL 149507*), de 28 de noviembre de 2000 (*AEDIPr*, 2002, p. 322), de 31 de julio de 2000 (*RCEA*, 2000-2001, p. 278), de 11 de abril de 2000 (*RCEA*, 2000-2001, p. 257), de 28 de marzo de 2000 (*RCEA*, 2000-2001, p. 253), de 8 de febrero de 2000 (*RCEA* 2000-2001, p. 247), de 18 de abril de 2000 (*RCEA*, 2000-2001, p. 266), de 24 de noviembre de 1998 (*RCEA*, 1999, p. 307), de 29 de septiembre de 1998 (*RCEA*, 1999, p. 296), de 14 de julio de 1998 (*RCEA*, 1999, p. 287), de 7 de julio de 1998 (*RCEA*, 1998, p. 246), de 26 de mayo de 1998 (*RCEA*, 1998, p. 233), de 5 de mayo de 1998 (*RCEA*, 1998, p. 227), de 18 de febrero de 1998 (*RCEA*, 1999, p. 181), de 17 de febrero de 1998 (*RCEA*, 1998, p. 215), de 17 de enero de 1998 (*RCEA*, 1999, p. 275), de 19 de noviembre de 1996 (*RCEA*, 1997, p. 237) o de 28 de octubre de 1994 (*La Ley net*).

27 WENGER, In: BERTI, 2000, p. 339 y ss.; ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 151.

13. En concreto, el artículo 9.6 de la Ley española de Arbitraje precisa que el convenio arbitral es válido en el arbitraje internacional si goza de tal condición de validez, de acuerdo con las *“normas jurídicas elegidas por las partes para regular el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”*.

La respuesta alcanzada debe ser valorada, tanto en lo referente a su ámbito de aplicación como en lo que respecta a las concretas soluciones incorporadas.

1) Así, en primer lugar, la referencia genérica a la validez del convenio arbitral que incorpora el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje parece favorecer la imagen de que el mismo aporta una respuesta global a la problemática del convenio arbitral. En la práctica, sin embargo, el tenor del precepto choca con el carácter plural que acompaña al convenio, que genera un cúmulo de cuestiones requeridas de soluciones individualizadas y que, en última instancia, impediría hablar de un único ordenamiento jurídico regulador de todos los aspectos del mismo²⁸.

De esta forma, la doctrina tiende a individualizar, al menos, tres aspectos claramente diferenciables en relación con el convenio, a efectos de la determinación del régimen jurídico del mismo:

a) En primer lugar, la capacidad de las partes para concluir el convenio arbitral y someter sus disputas a arbitraje. Una cuestión que vendrá regulada por lo dispuesto en las respectivas leyes nacionales, al amparo del artículo 9.1 Cc, en relación con las personas físicas, y 9.11 Cc, respecto de las personas jurídicas²⁹.

b) Un segundo ámbito material es el relativo a la determinación de la validez formal del convenio arbitral. En este punto, el carácter universal que acompaña al Convenio de Nueva York en el ordenamiento jurídico español, no hace necesario incorporar en la ley española de Arbitraje una norma específicamente dedicada a la problemática de la forma del con-

28 ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 150 y ss. y p. 177 y ss.

29 Igualmente, considérese lo dispuesto en relación con esta cuestión por el art. V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y el art. 9.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional. Con relación a lo dispuesto en otros países de nuestro entorno, vid. GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 244 y ss.; CRAIG; PARK; PAULSON, 2000, p. 44 y ss.; BERNARDINI, 2000, p. 97 y ss.; REDFERN; HUNTER, 1999, p. 144 y ss.

venio arbitral, al abordarse esta cuestión en el artículo II del mencionado texto convencional³⁰.

c) Por último, junto a estos dos grandes ámbitos, la doctrina diferencia un tercer grupo de cuestiones, englobadas genéricamente bajo el apelativo de “aspectos de fondo”³¹. Se trata de materias que refieren directamente al concepto de “validez” del convenio arbitral, y que abarcan desde la existencia de un consentimiento auténtico de las partes y las consecuencias de la presencia de vicios en el mismo, al momento y lugar de conclusión del convenio, a la licitud del objeto del convenio y a su causa, a los efectos del mismo o a su extinción³². Este conjunto de cuestiones serían las abordadas en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje bajo la expresión genérica de “validez” del convenio arbitral.

2) Centrándonos en las específicas soluciones incorporadas en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje³³ a la hora de regular la validez del convenio arbitral, el precepto incluye una posición muy flexible, refiriendo la misma en forma alternativa a tres tipos diferentes de normas:

a) En primer lugar a las “*normas jurídicas*” – esto es, normas no necesariamente de carácter estatal – elegidas por las partes para regir el convenio arbitral.

b) En segundo lugar, a las “*normas jurídicas*” aplicables al fondo de la controversia. El análisis del artículo 34.2 de la propia Ley de Arbitraje, en el que se aborda la problemática de la ley aplicable al fondo del litigio pone de manifiesto que este criterio se traduce en una referencia: a las “*normas jurídicas elegidas por las partes*” y, en defecto de elección por ellas, a “*las normas jurídicas ... que estimen apropiadas*” los árbitros³⁴.

30 Al respecto, VAN DEN BERG, 1981, p. 121 y ss., especialmente p. 170 y ss.; CRAIG; PARK; PAULSON, 2000, p. 54 y ss.. Nótese, especialmente, GÓMEZ JENÉ, 2004, p. 1.

31 CALVO CARAVACA, 1993, p. 740; ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 150-151; BERNARDINI, 2000, p. 96 y ss.

32 CALVO CARAVACA, 1993, p. 740.

33 Al respecto, vid. VERDERA SERVER; ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004. Las soluciones recogidas en el art. 9.6 de la Ley de Arbitraje deben además ponerse, necesariamente, en relación, con las previstas en los diversos textos convencionales que vinculan a España en materia arbitral. En concreto, con lo prevenido en el art. V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958 y en el art. 9.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961.

34 Vid ESPLUGUES MOTA, In: BARONA VILAR, 2004.

c) Por último, la validez del convenio se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el “*derecho español*”. En otras palabras, con lo señalado en los cinco primeros apartados del artículo 9 de la Ley de Arbitraje³⁵.

El convenio arbitral será válido si goza de tal condición de acuerdo con cualquiera de estas leyes; es patente, pues, la existencia de un principio favorable a la validez del convenio.

1.4 Arbitrabilidad de las disputas sometidas a arbitraje comercial internacional

14. La arbitrabilidad del litigio objeto de arbitraje se presenta como un requisito esencial de validez y efectividad del convenio arbitral reconocido por los distintos ordenamientos jurídicos. La arbitrabilidad no refiere a cuales sean los posibles derechos que deban aplicarse a una determinada controversia, sino a si la misma puede o no ser decidida por los árbitros³⁶. En este sentido, existen en todos los ordenamientos jurídicos determinadas materias respecto de las cuales el legislador nacional no acepta su posible resolución mediante el recurso a un mecanismo de justicia privada como es el arbitraje, ya goce éste de la condición de interno, o de internacional³⁷.

15. Un sector de la doctrina ha asumido tradicionalmente el hecho de que la arbitrabilidad, aun cuando constituye un presupuesto de validez del convenio arbitral, no necesariamente ha de venir gobernada por la ley que regula la misma, atendidas las especiales connotaciones que confluyen en esta cuestión³⁸. En tal sentido, se tiende a incorporar en las distintas legislaciones normas que especifican las materias arbitrables.

16. El legislador español, empero, ha optado expresamente por someter la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional, al mismo régimen aplicable a la validez del convenio arbitral. Ello implica, directamente, que la presunción favorable a la validez del convenio

35 En relación con los mismos, vid. VERDERA SERVER; ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

36 Al respecto, vid. MONTERO AROCA; ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

37 Para un listado de materias no susceptibles de arbitradas nótese, REDFERN; HUNTER, 1999, p. 148 y ss. En España, nótese CORDÓN MORENO, 1995, p. 42 y ss.

38 ARTUCH IRIBERRI, 1997, p. 182. A favor de la regulación por la ley aplicable a la validez del convenio, nótese, RACINE, 1999, p. 152 y ss..

que recoge el ya mencionado artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje de 2003 se traduzca en este ámbito, en una presunción a favor de la arbitrabilidad de la disputa. De esta suerte, tendrá la condición de “arbitrable” aquella materia susceptible de ser resuelta por arbitraje de acuerdo con lo dispuesto en las “normas jurídicas” – recordemos, no necesariamente un ordenamiento jurídico estatal – seleccionadas por las partes para regir el convenio arbitral, en las “normas jurídicas” aplicables al fondo de la controversia o, en última instancia, en el “derecho español”³⁹.

1.5 La ley aplicable al fondo de la disputa

17. La Ley 60/2003 aborda con profunda flexibilidad la problemática de la ley aplicable al fondo del litigio; sin lugar a dudas, una de las cuestiones más relevantes en el arbitraje comercial internacional. De esta forma, frente a la rígida y, como la práctica ha puesto de manifiesto, inservible solución mantenida en la antigua normativa de 1988⁴⁰, el legislador español de 2003 opta ahora por admitir plenamente el juego de la autonomía de la voluntad como criterio rector en este punto. Y lo hace, reproduciendo a grandes rasgos las soluciones recogidas en el artículo 28 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional; acentuando, si cabe, eso sí, los aspectos más flexibles del mismo.

18. El artículo 34.2 incardina un conjunto de normas tendentes a determinar cual será la ley aplicable al fondo del litigio, en aquellas ocasiones en que las partes hayan decidido que el arbitraje tenga la consideración de arbitraje de Derecho. En este sentido, el precepto diferencia entre aquellos supuestos en los que éstas han manifestado en algún momento su voluntad en torno a la ley aplicable al fondo de la controversia, de aquellos otros en los que las mismas han mantenido silencio al respecto.

39 En otras palabras, por lo prevenido en el art. 2.1 de la propia Ley española de arbitraje. En relación con esta materia, nótese el mandato del art. V.2.a) del Convenio de Nueva York, y del art. 6.2 *in fine* del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional.

40 Al respecto, vid., ESPLUGUES MOTA In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1991, p. 902 y ss.; MULLERAT, 2004.

1.5.1 Elección de normas reguladoras por las partes: admisión plena del principio de autonomía de la voluntad

19. La autonomía de la voluntad se presenta como un principio de general admisión en el plano comparado, en relación con el arbitraje comercial internacional⁴¹. Esta amplia aceptación de la autonomía se acompaña, sin embargo, de la existencia de posiciones distintas en los diversos ordenamientos jurídicos, respecto de la amplitud de su reconocimiento.

20. La Ley española de Arbitraje de 2003 deja claro, en su artículo 34.2.I, que los árbitros decidirán la controversia ante ellos suscitada de acuerdo con “*las normas jurídicas elegidas por las partes*” antes o durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Se admite, así, el principio de autonomía de la voluntad de manera plena, sin adjetivarlo en forma alguna.

La amplitud de la aceptación del principio se refleja, al igual que ocurría en el ámbito de la validez del convenio arbitral (art. 9.6), en el hecho de que el legislador refiera la voluntad de las partes a la elección de determinadas “*normas jurídicas*” que serán aplicadas por los árbitros a la hora de resolver la disputa ante ellos suscitada. El artículo 34.2.I, en línea con lo que hace el mencionado artículo 9.6, no habla de “Ley” o de “Derecho” sino que, conscientemente, utiliza la expresión “*normas jurídicas*”, superando en este punto el mandato de los artículos 28.1 de la Ley Modelo y 42.1 del Convenio de Washington, en los que la mención se realiza a “*normas de derecho*”⁴² acordadas por las partes⁴³.

Todo apunta a que los redactores de la Ley querían ir más allá de esta frontera enunciada por la Ley Modelo en el momento de su redacción⁴⁴. De esta forma, tras la sustitución de la expresión “*normas de derecho*” por “*normas jurídicas*”, subyace la voluntad del legislador español de profundizar en la tendencia favorable a la posible elección por las partes de normas que

41 GONZALO QUIROGA, 2003, p. 159.

42 “*Rules of Law*”, en la versión inglesa, o “*règles de droit*”, en la versión francesa, tanto de la Ley Modelo como del Convenio de Washington. Al respecto, vid. DERAÏNS; SCHWARTZ, 1998, p. 218.

43 Igualmente, se separa de la referencia a “ley” incorporada en el art. 7 del Convenio de Ginebra.

44 Considérese, sin embargo, que con el paso del tiempo, la mención “normas de derecho” recogida en la Ley Modelo ha tendido a ser interpretada de forma más amplia, admitiendo también una referencia a la *Lex Mercatoria*. Al respecto, DERAÏNS; SCHWARTZ, 1998, p. 218 y 219.

carezcan de un origen estatal⁴⁵.

1.5.2 Ausencia de elección de normas reguladoras por las partes

21. En determinadas ocasiones, las partes no pueden alcanzar un acuerdo en relación a la ley aplicable al fondo del litigio, o sencillamente, obvian cualquier decisión al respecto. Para resolver los enormes problemas que esta ausencia de voluntad puede llegar a generar en la práctica⁴⁶, el artículo 34.2.II de la Ley española de Arbitraje señala que los árbitros procederán a aplicar las normas jurídicas “que estimen apropiadas”.

Una vez más, la solución adoptada por el legislador español resalta por su enorme flexibilidad, al permitir a los árbitros la directa determinación de la normativa reguladora del fondo del litigio, sin necesidad de verse forzados a recurrir a “norma de conflicto” alguna. De esta forma, la solución difiere de la mantenida en la Ley Modelo de la UNCITRAL⁴⁷, o en el Convenio de Ginebra de 1961⁴⁸, en los que se vincula la elección por los árbitros de una normativa aplicable al fondo del litigio, en ausencia de manifestación de voluntad por las partes, a la aplicación de las “normas de conflicto de leyes” que el tribunal arbitral estime convenientes⁴⁹.

1.5.3 Normas comunes a uno y otro supuesto

22. El artículo 34 añade en su numeral 3 que, tanto en el supuesto de que las partes hayan seleccionado la “ley” aplicable al fondo del litigio, como en aquellas ocasiones en que no lo hayan hecho, los árbitros decidirán – “(E)n

45 En este sentido, la E.M. de la Ley de Arbitraje, al hacer mención al cambio de la expresión “*derecho aplicable*” – presente en la antigua normativa española de 1988 – por “*normas jurídicas aplicables*”, señala que ésta viene motivada por el hecho de que la primera “*parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional*” (pto. VII).

46 Al respecto, vid. CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p. 98 y ss.

47 Art. 28.2.

48 Art. 7.

49 En la práctica, esta referencia a las normas de conflicto conduce a soluciones varias, que van desde la aplicación de las normas de conflicto del lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral, hasta las normas del país con el que la transacción presenta su conexión más intensa, pasando por la toma en consideración de normas que no se presentan vinculadas a un concreto ordenamiento jurídico estatal u optando, sin más, por aplicar una determinada normativa al fondo del litigio sin considerar norma de conflicto alguna. Al respecto, vid. COE, J.J., op. cit., p. 76 y ss.; REDFERN; HUNTER, 1999, p. 102 y ss; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 867 y ss., especialmente p. 871 y ss.; GONZALO QUIROGA, 1998, p. 182 y ss.

todo caso” – con arreglo a las estipulaciones del contrato, debiendo tener en cuenta los usos aplicables.

1.6 El régimen de reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros

23. Uno de los puntos más criticados de la normativa arbitral de 1988 fue, precisamente, el referente al reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros⁵⁰. La Ley de 1988 incorporaba un Título IX, rubricado “*De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*” en el que se contenían diversas normas relativas al reconocimiento y ejecución en nuestro país de los laudos emitidos fuera de nuestras fronteras.

Desde un primer momento, la doctrina entendió de forma cuasi unánime que estábamos ante una regulación redundante e innecesaria, atendido el carácter universal que desde un principio acompaña al Convenio de Nueva York de 1958 en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹. En línea con este carácter, la jurisprudencia del TS ha obviado cualquier mención al Título IX de la Ley de Arbitraje de 1958, repitiendo de forma constante, al abordar el reconocimiento de laudos arbitrales foráneos, que en “*la resolución del ... exequatur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1º al adherirse al Convenio...*”⁵². Un texto éste que goza de una aplicación lineal en España, y que ha permitido un generalizado reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros en nuestro país⁵³

50 Las leyes de Arbitraje de 1958 y de 2003 coinciden a la hora de describir qué se entiende por laudo arbitral extranjero. De esta forma, el art. 46.1 precisa que se “*entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español*”. Para una valoración en profundidad del precepto, vid., ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

51 Por todos, ESPLUGUES MOTA, 1997, p. 51; ESPLUGUES MOTA, 1988-1989, p. 154 y ss; FERNÁNDEZ ROZAS In: BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, 1999, p. 809 y ss..

52 ATS de 26 de febrero de 2002, cit., p. 368, Fdo. de Derecho 1º. Por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, 1991, p. 9 y ss.; GONZALO QUIROGA, 1998, p. 224 y ss.

53 Para un análisis pormenorizado de la práctica española en la materia vid., ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

24. La nueva Ley española de Arbitraje viene ahora a solventar de plano esta situación, señalando con claridad en su artículo 46.2 que el “*exequatur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958*”. La aplicación de dicho Convenio, añade el precepto, se realizará “*sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión*”. La tramitación del exequátur, concluye el artículo 46.2, se “*sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”.

Desde una perspectiva puramente formal, la nueva regulación del régimen jurídico del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España constituye uno de los sectores que más novedades presenta en la nueva Ley de Arbitraje en relación con el modelo anteriormente existente. Desde un planteamiento sustantivo, sin embargo, el sistema permanece incólume, atendida la ya mencionada vigencia universal del Convenio de Nueva York en España. De hecho, el tenor del artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje de 2003 tiene mucho de recordatorio. Ello se observa, cuanto menos, en tres datos:

1) En primer lugar, y con carácter general, señalar que el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros en España se producirá vía Convenio de Nueva York de 1958 no significa sino recordar algo que es evidente y que, como hemos dicho, ha sido plenamente admitido por la doctrina y la práctica jurisprudencial española.

2) En segundo lugar, afirmar que el texto de Nueva York se aplicará al reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de lo dispuesto en otros “*convenios internacional más favorables a su concesión*”, no implica, en última instancia, sino una reiteración del mandato del artículo VII del mencionado Convenio de Nueva York que recoge expresamente esta misma solución⁵⁴.

54 Al respecto, CUARTERO RUBIO, 1996, p. 34 y ss.; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 135 y ss. De hecho, la cuestión ha sido suscitada suscitada en un número importante de ocasiones ante los tribunales españoles. Estos, en todo momento han tendido a rechazar la vía abierta por el concreto convenio bilateral, optando por reconocer la resolución extranjera a través del Convenio de Nueva York de 1958. En los últimos años, ello se ha puesto de manifiesto en relación con el Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, de 4 de mayo de 1987 (BOE, de 3 de diciembre de 1988, cde BOE, de 26 de enero de 1989, en concreto, en

3) Por último, la referencia a que el procedimiento para el reconocimiento será el establecido en el ordenamiento jurídico español en relación con las sentencias extranjeras, no hace sino tomar en consideración el hecho de que el Convenio de Nueva York no establece un procedimiento para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. El texto convencional se limita a plasmar, en su artículo III, la obligación que acompaña a cada uno de los Estados parte en el Convenio de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral dictada en el extranjero, concediendo su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde ésta sea invocada, con arreglo a las condiciones establecidas en las disposiciones del propio texto convencional⁵⁵.

25. De hecho, centrándonos en este último punto del procedimiento de homologación, cabe realizar – al menos – dos precisiones:

1) En primer lugar, y a efectos de concretar cual sea el órgano jurisdiccional competente para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, debe tomarse en consideración el mandato del artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje que señala que “*será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”. En la práctica, ello implica una mención a dos órganos jurisdiccionales distintos:

a) Al amparo del artículo 85.5 LOPJ, los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil de las “*solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con*

el ATS de 13 de noviembre de 2001, RCEA, 2002, p. 257), y en relación con el Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969 (BOE, de 14 de marzo de 1970. En concreto, en los AATS de 20 de febrero de 2001, TOL 149507; de 18 de abril de 2000, RCEA, 2001, p. 266; de 11 de abril de 2000, cit. nota 14; de 20 de junio de 2000, RCEA, 2001, p. 271; de 29 de septiembre de 1998, cit. nota 14; de 7 de julio de 1998, RCEA, 1998, p. 246; de 5 de mayo de 1998, cit. nota 14; de 17 de enero de 1998, cit. nota 14; de 16 de abril de 1996 (RCEA, 1998, p. 201) o de 1 de junio de 1990 (*La Ley net*). En todos ellos se opta por la aplicación del Convenio de Nueva York. A favor de la aplicación del Convenio con Francia tan sólo se encuentra el ATS de 1 de marzo de 1991, la ley net. Con anterioridad, constan los AATS de 15 de junio de 1982, RCEA, 1985, p. 178, y de 11 de junio de 1986, RCEA, 1987, p. 163, como ejemplos de aplicación del Convenio hispano-francés). También, en la práctica, se ha puesto de manifiesto el planteamiento de la opción entre el Convenio de Ginebra de 1961 y el Nueva York de 1958 (AATS de 17 de febrero de 1998, RCEA, 1998, p. 215, o de 16 de abril de 1996, RCEA, 1998, p. 201).

55 VIRGÓS SORIANO; GARCIMARTÍN ALFEREZ, 2000, p. 564 y ss.

arreglo a la acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal". Esta disposición debe ponerse en relación con el mandato del artículo 955 LEC de 1885 que señala que, sin perjuicio de lo que puedan afirmar los Convenios de los que España sea parte en la materia, la competencia para el conocimiento de las resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros corresponderá a los Juzgados de Primera instancia "del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos."

b) Junto a ello, el artículo 86 ter.2 LOPJ, al fijar las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, señala que éstos serán competentes para conocer de los "asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado" 2 del propio artículo 86 ter.2⁵⁶.

El legislador, pues, designa a dos órganos jurisdiccionales diferentes como competentes para conocer del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España. Dependiendo de la concreta materia sobre la que verse el litigio sometido a arbitraje serán competentes los Juzgados de Primera Instancia o los Juzgados de lo Mercantil. Se trata, sin lugar a dudas, de una solución artificial y poco satisfactoria, que previsiblemente introducirá complejidad en un sector donde no existía⁵⁷.

2) En segundo lugar, el silencio mantenido por el Convenio de Nueva York en relación con el procedimiento de homologación de los laudos arbitrales extranjeros implica una referencia al artículo 955 LEC de 1881.

56 Esto es, demandas en que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas (art. 86 ter.2.a), las pretensiones promovidas al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional (art. 86 ter.2.b), las pretensiones relativas a la aplicación del transporte marítimo (art. 86 ter.2.c), las acciones referentes a las condiciones generales de la contratación (art. 86 ter.2.d), los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en determinados ámbitos jurídicos (art. 86 ter.2.e) o los procedimientos en materia de Derecho de la Competencia (art. 87 ter.2.f).

57 Al respecto, y por todos, ESPLUGUES MOTA In: BARONA VILAR, 2004.

En la práctica, ello supone que presentado en forma el escrito de demanda al que hace referencia el artículo IV del Convenio de Nueva York, y los documentos allí mencionados, ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia⁵⁸ o de lo Mercantil⁵⁹, éste procederá a emplazar a la parte contraria al reconocimiento en el plazo de 30 días⁶⁰. Si ésta comparece, contará con un plazo de 9 días para hacer valer sus alegaciones, debiendo ser oído el Ministerio Fiscal⁶¹. Si, por el contrario, la persona emplazada no comparece, el tribunal proseguirá el conocimiento de los autos⁶², dándose igualmente traslado al Ministerio Fiscal⁶³.

A la vista de todo lo anterior, el órgano jurisdiccional competente declarará, mediante auto, si debe - o no - darse cumplimiento al laudo extranjero. En el caso de concederse, se procederá a su ejecución de acuerdo con lo dispuesto en las leyes nacionales. En el supuesto de denegación, se devolverá el laudo al que lo haya presentado⁶⁴. Sea una u otra la decisión, cuenta con efectos de cosa juzgada. Contra el auto concediendo o denegando el reconocimiento no cabe ulterior recurso⁶⁵.

2 A modo de valoración final

26. España estrena una nueva Ley de Arbitraje articulada sobre los mandatos de la Ley Modelo de la UNCITRAL, de 1985. Las soluciones de ésta, previstas originariamente para el arbitraje comercial internacional, se proyectan, además, indistintamente al ámbito del arbitraje interno y del internacional, incorporándose en este último supuesto, algunas normas que acentúan el grado de flexibilidad presente en el texto de Viena. El resultado final es un modelo profundamente flexible, que incorpora profundas diferencias con el existente hasta el momento.

58 Art. 955 LEC de 1881.

59 Art. 86 ter.2.g) LOPJ.

60 Art. 957.II LEC de 1881.

61 Art. 956.I LEC de 1881.

62 Art. 957.III LEC de 1881.

63 Art. 956.I LEC de 1881.

64 Art. 958 LEC de 1881.

65 Art. 956.II LEC de 1881.

Con la introducción de esta nueva normativa, el legislador español quiere fundamentalmente fomentar el recurso al arbitraje en España, favoreciendo – por ende – la conversión de España en un centro de arbitraje comercial internacional. Los “mimbres normativos” esenciales para ello se encuentran recogidos en la Ley. Previsiblemente, las mayores dificultades con que va a encontrarse la práctica de la Ley de Arbitraje de 2003 van a radicar en la falta de cultura arbitral en nuestro país, un factor éste que requiere de algo más que de un nuevo texto legal para ser superado. ¡El futuro dirá!

Referências

ARROYO MONTERO, R.: Artículo 61. In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). **Comentarios a la Ley de Arbitraje**. Madrid; Tecnos, 1991.

ARTUCH IRIBERRI, E. **El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional**. Madrid: Eurolex, 1997.

_____. 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, p. 123.

_____. Nota al ATS de 11 de abril de 2000, **RCEA**, 2000-2001, p. 262-263.

BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C. Presentación. In: _____. **Arbitraje (Legislación básica)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 13-17.

BERNARDINI, P. **L'arbitrato commerciale internazionale**. Milan: Giuffrè, 2000.

CALVO CARAVACA, A. L. **Derecho mercantil internacional**. 2. ed.. Madrid: Tecnos, 1993.

_____. El arbitraje comercial internacional. In: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; COE, J.J., [s.l.: s.n.], [19--?].

CORDÓN MORENO, F. **El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional**. Pamplona: Aranzadi, 1995.

CRAIG, W.L., PARK, W.W.; PAULSSON, J. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3. ed.. Nueva York: Oceana, 2000.

CUARTERO RUBIO, M. V. **El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional**. Madrid: Eurolex, 1997.

_____. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: La vía de los convenios bilaterales, **RCEA**, 1996.

DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E.A. **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**. La Haya: Kluwer, 1998.

ESPLUGUES MOTA, C. Artículo 3. In: BARONA VILAR, S. (Coord.). **Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje**. Madrid: Civitas, 2004.

_____. Artículo 61. In: MONTERO AROCA, J. (dir.). **Comentario breve a la Ley de Arbitraje**. Madrid: Civitas, 1990.

_____. Artículo 62. In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. **Comentarios a la Ley de Arbitraje**. Madrid; Tecnos, 1991.

_____. El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional. In: _____. **Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles**. Madrid: CGPJ, 1997.

_____. 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**, 1988-1989, p. 154.

_____. Zehn Jahre Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz in Spanien, **ZZPInt**, 1999.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. Artículo 56. In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. **Comentarios a la Ley de Arbitraje**. Madrid; Tecnos, 1991.

_____. La primacía de los Tratados internacionales en el ámbito del exequatur de sentencias arbitrales extranjeras, **RCEA**, 1991.

GAILLARD, E.; SAVAGE, J. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Deventer: Kluwer, 1999.

GÓMEZ JENÉ, M. El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje, La Ley, de 11 de febrero de 2004, p. 1.

GONZALO QUIROGA, M. Nota al ATS de 5 de mayo de 1998, **RCEA**, 1998, p. 224 y ss.

_____. **Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial** (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional). Madrid: URJC/Dykinson, 2003.

HOLTZMANN, H.M.; NEUHAUS, J. E. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**. Legislative History and Commentary. La Haya: Kluwer, 1989.

- LORCA NAVARRETE, A. M. Tratado de Derecho de Arbitraje, **Instituto Vasco de Derecho Procesal**, San Sebastián, 2002, p. 854 y ss.
- MANTILLA SERRANO, F. Arbitraje internacional y protocolización del laudo, **RCEA**, 1994, p. 180.
- MONTERO AROCA, J.; ESPLUGUES MOTA, C. Artículo 2. In: BARONA VILAR, S. (Coord.). **Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje**. Madrid: Civitas, 2004.
- MULLERAT, R. Principales innovaciones de la nueva Ley de Arbitraje, *La Ley*, de 19 de abril de 2004.
- PALAO MORENO, G. Artículo 26. In: BARONA VILAR, S. (Coord.). **Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje**. Madrid: Civitas, 2004.
- RACINE, J. B. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999.
- REDFERN, A.; HUNTER, M. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 3. ed.. Londres: Sweet and Maxwell, 1999.
- TAIVALKOVSKI, P. Le nouveau droit finlandais de l'arbitrage international. In: GOUIFFÈS, L. et al. **Recherche sur l'arbitrage en droit international et compare**. Paris: LGDJ, 1997.
- UNCITRAL. **Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional**, Viena, 1984, Doc. V. 93-91209, p. 18.
- VAN DEN BERG, A. J. **The New York Arbitration Convention of 1958**. La Haya: Kluwer, 1981.
- VERDERA SERVER, R.; ESPLUGUES MOTA, C. "Artículo 9. In: BARONA VILAR, S. (Coord.). **Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje**. Madrid: Civitas, 2004.
- VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F. J. **Derecho Procesal civil internacional**. Litigación internacional. Madrid: Civitas, 2000.
- WENGER, W. Article 178. In: BERTI, S. V. (ed.). **International Arbitration in Switzerland**. La Haya: Kluwer, 2000.