

El arbitraje y los tribunales de justicia

Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Barcelona. Febrero 2007

Contenido

1. Introducción.....	1
2. Significado de la intervención judicial en el arbitraje	2
<i>2.1 Principios generales.....</i>	<i>2</i>
<i>2.2 La limitación de los poderes del Gobierno: el arbitraje en materia de Derecho público</i>	<i>5</i>
<i>2.3 La limitación de las potestades del Poder judicial</i>	<i>7</i>
3. Regulación de los distintos supuestos.....	14
4. Reflexiones a modo de conclusión	17

El arbitraje y los tribunales de justicia

1. Introducción

La regulación española en materia de arbitraje ha sido objeto de una modificación trascendental por medio de la reciente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, cuya exposición de motivos anuncia con verdad y certeza un salto cualitativo en la materia.

El principal criterio inspirador de la nueva Ley es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985. Además, se toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

A diferencia de los sistemas estatales en los que se establece una regulación separada para el arbitraje interno y el arbitraje internacional, la nueva Ley de Arbitraje abarca todo tipo de arbitraje y, en consecuencia, extiende su regulación, inspirada en las técnicas propias del arbitraje comercial internacional, también a los arbitrajes internos, lográndose con ello una uniformidad en el régimen del arbitraje que ha de producir sin duda consecuencias beneficiosas.

La nueva Ley, siguiendo a la Ley Modelo, responde a un compromiso entre las tradiciones jurídicas europea continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del Derecho comparado. Su redacción no se ajusta, por ello, plenamente a los cánones tradicionales del ordenamiento español, pero facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas

económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales, permitiendo que los agentes económicos de dichas áreas adquieran una mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España.

La incorporación de España al elenco creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo no pretende, pues, únicamente corregir las lagunas e imperfecciones observadas en la Ley de 1988 y reflejar en la regulación del arbitraje internacional los cambios introducidos en esta institución por el tráfico jurídico, sino que persigue abiertamente ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos sin renunciar a que el arbitraje se desarrolle en el territorio español y con arreglo a sus normas.

2. Significado de la intervención judicial en el arbitraje

2.1 Principios generales

La nueva Ley supera los viejos recelos que veían en el arbitraje un instrumento que aspira a convertirse en una alternativa a los tribunales para la generalidad de los litigios erigiéndose en una especie de jurisdicción paralela y alternativa a la de los Estados.

La regulación de la nueva Ley facilita el arbitraje en litigios de gran envergadura; en cuestiones que enfrentan a empresas para las que una decisión rápida e irrevocable resulta más importante que la garantía que ofrece el proceso; y en cuestiones de considerable complejidad técnica; pero, sobre todo, la nueva Ley aspira a consolidar el arbitraje en litigios derivados del comercio internacional en los que ninguno de los sujetos intervinientes quiere verse obligado a litigar ante los tribunales del Estado de la otra parte, y en los que resulta de capital importancia que esta neutralidad se extienda no sólo al procedimiento sino también a las normas sustantivas aplicables, garantizando la plena vigencia de los usos mercantiles internacionales que integran la llamada *lex mercatoria*. Puede afirmarse, sin

temor a equivocarse, que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley el arbitraje comercial internacional es en España una institución en alza.

La nueva regulación del arbitraje consagra como el principio más importante que gobierna esta institución el principio de autonomía de la voluntad, verdadera piedra angular en que descansa toda la institución arbitral. Son las partes las que tienen todo el poder en sus manos para determinar cómo debe desarrollar el árbitro sus funciones decisorias, tanto creando las normas que debe aplicar para sustanciar el procedimiento, como creando o determinando las normas sustantivas a que debe sujetarse el laudo o la falta de ellas cuando se acude al arbitraje de equidad.

Como consecuencia de ello, la LA, siguiendo en este punto de manera literal lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Modelo, dispone expresamente (art. 7º LA) que «en los asuntos que se rijan por esta Ley no interviendrá ningún Tribunal, salvo los casos en que esta así lo disponga».

La razón por la cual los agentes de comercio internacional acuden esta forma de resolución de controversias no es sustraerse a la jurisdicción de los tribunales estatales, sino buscar una decisión rápida, flexible y especializada en la resolución de los conflictos, que justifica anteponer el carácter irrevocable y rápido de la decisión a las garantías propias del proceso judicial en sus sucesivas instancias.

La flexibilidad en cuanto a la forma es una de las razones que justifican la especialidad del arbitraje. El auto del Tribunal Constitucional 3/2005, de 5 de julio, rechazó una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal en relación con el art. 5 a) LA, que considera suficiente para la eficacia de la notificación, en caso de desconocimiento del domicilio previa una indagación razonable, la entrega o intento de entrega en la última dirección o domicilio. El Tribunal considera que la Ley no infringe el principio de igualdad, pues no son comparables las notificaciones arbitrales con las judiciales, y que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el tribunal ordinario debe interpretar de acuerdo con el principio de garantía la expresión «indagación razonable», teniendo en cuenta las circunstancias del proceso.

En análogo sentido, la STS de 17 de julio de 2006, en relación con un arbitraje del Comité Español RUCIP (Comisión Europea de las Reglas y Usos del Comercio Intereuropeo de Patatas) declara que «[e]l procedimiento arbitral seguido, como bien advierte el Tribunal de Apelación,

incurrió en ciertas irregularidades, pues no terminó por sentencia (artículo 22 del Reglamento), ni por laudo, tratándose más bien de irregularidades formales que fueron consentidas, ya que la recurrente ninguna impugnación ni protesta presentó, con lo que aceptó la resolución recaída al decretar la improcedencia de la reclamación, pues la rechazó, y adquirió así plena eficacia y condición de firme e inatacable».

Como consecuencia de ello, el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser el arbitraje comercial internacional, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución.

La imposibilidad de actuación de los Tribunales está subordinada a que la parte interesada invoque la cláusula arbitral mediante declinatoria (art. 11 LA, con vigencia extraterritorial), la cual no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

La propia esencia del arbitraje y el fundamento de la exclusión judicial radica en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial. Esto determina que se consideren por la LA como normas con eficacia extraterritorial aquellas que hacen referencia al contenido del convenio arbitral como cláusula incorporada a un contrato o como acuerdo independiente, el cual deberá expresar la voluntad de las partes de someter arbitraje toda su algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual (art. 9.1 LA) y a la forma escrita del convenio arbitral, interpretada con arreglo al criterio flexible de la Ley Modelo y a los trabajos sucesivos de la Comisión de las Naciones Unidas. Otra norma de aplicación extraterritorial es la que dispone que cuando el arbitraje fuera internacional el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español (art. 9.6 LA).

2.2 La limitación de los poderes del Gobierno: el arbitraje en materia de Derecho público

La institución del arbitraje ha de suponer una restricción de las potestades que corresponden al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público regidos por reglas de Derecho imperativo y ordenadas por normas de rango constitucional sobre distribución de competencias y preservación de derechos e intereses de relevancia pública.

La LA establece en su artículo 2 (materias objeto de arbitraje) que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.»

En el propósito de la ley está, sin duda, regular el arbitraje en materias de Derecho público, puesto que el apartado segundo del mismo artículo 2 establece que «cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.»

En consecuencia, la controversia acerca del posible alcance de sumisión a un convenio arbitral de materias de Derecho público o que impliquen el ejercicio de competencias o potestades por parte de las Administraciones públicas que la referida a la interpretación sobre que materias pueden entenderse de libre disposición conforme a Derecho.

El principio general radica en la necesidad de que el árbitro no se subroge en el papel de la Administración.

Un sector de la doctrina española se inclina por la formulación de criterios generales. En opiniones discrepantes, se han ofrecido como tales: la indisponibilidad de la materia por carencia de competencia; el orden público; el ejercicio de potestades administrativas; las materias de *ius cogens*; los actos de autoridad, como categoría contrapuesta actos de gestión; la materia perteneciente al Derecho administrativo, dado su sometimiento al principio de legalidad; y el del interés público, con independencia de cuál sea la naturaleza de la actuación.

La postura doctrinal mayoritaria, sin embargo, se inclina por una solución analítica, poniendo de manifiesto la necesidad de establecer una lista de materias disponibles para el arbitraje en Derecho administrativo y otras excluidas.

Entre estas últimas se citan los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico específicamente administrativo y las potestades normativas de la Administración.

En la lista de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje se citan la actividad convencional de la Administración (contratos, convenios inter-administrativos, actividad convencional y arbitral en el Derecho tributario, acuerdos sectoriales, actuaciones que permiten una terminación convencional del procedimiento con arreglo a la ley), los litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, etc.), las controversias que tengan carácter o índole patrimonial y las que versen sobre la función pública siempre que se realice una aproximación del régimen funcionarial al régimen propio de los trabajadores; actuación de la Administración sometida al Derecho privado y especialmente los contratos privados de las Administraciones públicas.

Particularmente se llama la atención sobre la idoneidad del arbitraje para los contratos internacionales del Estado o de sus empresas dependientes.

En este sentido, la Ley reguladora de los contratos de las Administraciones públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio: artículo 60) no solamente admite el arbitraje en relación con los contratos administrativos (sometido al requisito, de acuerdo con la Ley General Presupuestaria, de Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en pleno cuando se trata del Estado; y a los requisitos establecidos para las otras Administraciones públicas en caso de que se trate de éstas), sino que en el artículo 117.3 establece que «en los contratos 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.»

La citada Ley General Presupuestaria (47/2003, de 26 de diciembre) admite *a sensu contrario* la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal con su-

jeción al requisito ya examinado de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y previa audiencia del Consejo de Estado. En el mismo sentido, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas establece la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas sobre bienes y derechos del Patrimonio del Estado con sujeción a este mismo requisito. Se excluyen implícitamente los bienes demaniales o de dominio público, a los cuales no se refiere esta Ley.

En los ordenamientos de las Comunidades Autónomas (entes territoriales descentralizados dotados de poder legislativo y ejecutivo) aparece previsto el arbitraje en supuestos análogos referidos a los derechos de las Haciendas autonómicas y a los bienes y derechos patrimoniales.

2.3 La limitación de las potestades del Poder judicial

A) El principio de exclusión de la jurisdicción ordinaria

El principio de exclusión de la intervención de los tribunales en el arbitraje, puede plantear dudas acerca de su constitucionalidad. Se ofrece la duda de la exclusión de los Tribunales para el control de constitucionalidad de las leyes (que en España tiene carácter indirecto, pues el monopolio de revisión de la constitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional, fuera del Poder Judicial). El 24 de agosto de 2004 el Tribunal Constitucional del Chile falló que la exclusión es constitucional, pues deja «a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema».

De modo similar, en España el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse acerca de si el principio de exclusión de la jurisdicción ordinaria en las materias sujetas al arbitraje comporta una restricción indebida del acceso a la jurisdicción proscripta por artículo 24 de la Constitución.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005 (que ratifica y amplía otras anteriores: sentencias 1761/1996 y 13/1997) ha declarado, respecto a este punto, que no puede estimarse que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción si, tras dictarse el laudo arbitral, no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin. En consecuencia, la acción de anulación es considerada por el Tribunal

Constitucional como suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales, que contempla el precepto constitucional anteriormente citado.

Asimismo, se ha planteado específicamente la misma sentencia si impedir a las partes sujetas al arbitraje plantear ante los tribunales ordinarios la infracción del derecho a la tutela judicial por falta de imparcialidad de los árbitros subvierte el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional ha respondido que quienes someten sus controversias a un arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 17 LA) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través de la acción de anulación que la regulación legal del arbitraje -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados.

En consecuencia, estima que la imposibilidad de acudir a los tribunales para combatir la falta de imparcialidad de los árbitros, fuera de los cauces específicamente previstos para la acción de impugnación del arbitraje, no comporta vulneración de derecho constitucional alguno.

El principio de exclusión está sometido a las reglas sobre interpretación de la cláusula de sumisión. La STS de 5 de septiembre de 2006, en relación con una cláusula de sumisión a arbitraje que figura en un contrato sobre suministro de energía eléctrica, declara que «ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, es decir las cuestiones interpretativas que surgieran, y no se incluyo las referidas a cumplimiento o incumplimiento».

El principio de exclusión se concreta en la posibilidad de oponer la excepción de cosa juzgada ante un tribunal ordinario invocando un laudo arbitral. La STS de 22 de septiembre de 2006 declara que «el Tribunal Arbitral [...] deniega esta petición por falta de prueba [...]. Por lo tanto, firme el Laudo [...] su rechazo es firme también respecto al punto sometido a su decisión, y conforma "cosa juzgada", que impide su repetición de planteamiento.»

El efecto de cosa juzgada, según declara la STS de 17 de julio de 2006, interpretando la LA derogada, se proyecta sobre cualquier tipo de resolución arbitral que pone fin al procedimiento, y no sólo sobre el laudo: «[e]l artículo 34 de la Ley de Arbitraje se refiere tanto al laudo del Colegio Arbitral, como a cualquier resolución y acuerdo del mismo, lo que autoriza a reconocer su vinculación, y si bien el artículo 37 se refiere a que el laudo arbitral produce efectos idénticos a la cosa juzgada, en este caso hay que tener en cuenta que en la sentencia recaída en el pleito anterior admitió la excepción de sumisión arbitral y ello obligaba e imponía a los litigantes a someter la controversia al arbitraje convenido y con todas sus consecuencias; por lo que la jurisdicción ordinaria carecía de competencia en aquel momento, (pleito primero), como carece ahora, (pleito actual), ya que ninguna norma lo autoriza, pues representaría conculcar abiertamente lo que voluntariamente acordaron las partes.» Esta misma STS habla del «efecto expansivo competencial» del compromiso arbitral: «el Tribunal de Apelación declaró no podría entrar a conocer el fondo del asunto, es decir tanto la demanda principal como la reconventional, al estar relacionada ésta a aquella y ostentar corresponsalía procesal, ya que en la misma se suplicó indemnización de daños y perjuicios por el mal estado de las patatas vendidas, presentando efecto expansivo competencial el compromiso arbitral, en cuanto abarca todas las cuestiones relacionadas con el mismo».

B) *Excursus* sobre la naturaleza del arbitraje

a') La prevalencia de las teorías jurisdiccionalistas

En algunos países se ha discutido también si la regulación del arbitraje conforme a la Ley Modelo resulta restrictiva de las facultades de los órganos de gobierno del Poder Judicial (Corte Suprema o Consejos de la Magistratura). En alguna ocasión se ha interpretado que la Corte Suprema mantiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación (caso de Chile).

En estas posiciones creo advertir una cierta inclinación en favor de las llamadas teorías jurisdiccionalistas respecto de la naturaleza del arbitraje.

b') La teoría mixta

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español la entrada en vigor de la nueva Ley parece coincidir con una evolución en la doctrina científica y en la jurisprudencia de los tribunales, los cuales, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que subrayan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes, sin perjuicio de admitir el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal.

De esta forma ha sido posible la jurisprudencia constitucional a la que antes he hecho referencia, en la cual se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen del desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la Ley del Arbitraje, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del expresado derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, que acabo de citar, declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. La Constitución, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

c') El reconocimiento del carácter jurisdiccional de los efectos del arbitraje

El fundamento en la autonomía de la voluntad de la institución arbitral, que subraya esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no comporta, sin embargo, la exclusión del reconocimiento del carácter jurisdiccio-

nal del arbitraje en cuanto a sus efectos. Así se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en declaraciones pronunciadas por la Sala Civil que me cabe el honor de presidir.

La STS de 11 de diciembre de 1999, al resolver una cuestión planteada por la Ley de Arbitraje de 1988 considera una consecuencia del convenio arbitral la obligación de su cumplimiento, por lo que no es menester, en contra de lo que literalmente exigía la expresada Ley, que se haga constar esta obligación expresamente en el mismo. En suma, la voluntad de las partes da lugar al nacimiento del arbitraje, pero los efectos ejecutivos del laudo no dependen directamente de la voluntad de las partes, sino de la propia naturaleza de la institución arbitral.

En el mismo sentido, la sentencia de 13 de octubre de 2005 declara que basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje y añade que esta interpretación es la que más se ajusta a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada.

C) Naturaleza de la intervención judicial en el arbitraje

a') Carácter mínimo y tasado

En la LA queda perfectamente plasmada la regulación de la actividad judicial en relación con el arbitraje como una regulación que aspira a mantener el *mínimum* de intervención del poder judicial necesario para garantizar la resolución pacífica de situaciones de conflicto jurídico en torno al arbitraje que éste no puede resolver por sí mismo, bien por hacerlo imposible el desacuerdo entre las partes en cuanto a los presupuestos de actuación de los árbitros, bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por éstas, reservada al poder judicial por razones constitucionales ligadas a la configuración del Estado de Derecho, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje.

Según la exposición de motivos de la Ley «el art. 7, sobre intervención judicial en el arbitraje, es un corolario del denominado efecto negativo

del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley».

El carácter mínimo de la intervención judicial queda reflejado en el ya expresado art. 7º, que recoge literalmente lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Modelo y el establecimiento de los supuestos tasados en los que se produce la intervención judicial.

La jurisprudencia de los tribunales resulta plenamente acorde con este punto de partida.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar principio del carácter excepcional de la intervención judicial sentando la procedencia de interpretar restrictivamente los preceptos de la Ley derogada sobre la renuncia tácita al arbitraje.

La STS de 18 de julio de 2005 declara que alegar la excepción de sumisión a arbitraje en la contestación a la demanda, a pesar de formular también oposición en cuanto al fondo, no es renuncia tácita al arbitraje si el tipo de proceso permite la formulación de las excepciones dilatorias de modo concentrado.

La STS de 25 de octubre de 2005 ratifica que no existe sumisión tácita a los Tribunales, aún contestando y reconviniendo, si en el mismo escrito se plantea previamente la excepción, y se articulan *ad cautelam* las otras peticiones de fondo, pues, no aceptar esto otra cosa sería mermar los derechos de la parte, causándole indefensión.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 5 de diciembre de 2005

Por su parte, la sentencia núm. 9/2005 del Tribunal Constitucional sienta el principio de que aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional.

b') Finalidad de apoyo al arbitraje

Pero, al mismo tiempo, se subraya que el ejercicio de la función judicial en relación con el arbitraje no implica una sustitución de las facultades de

los árbitros, sino un apoyo para su ejercicio cifrado en la resolución de las cuestiones procedimentales que escapan a sus facultades o al poder de disposición de las partes, en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o medios de prueba para garantizar el buen fin del laudo y en el control de la regularidad formal y externa del mismo.

El carácter de apoyo que la intervención de los Tribunales tiene respecto del arbitraje es subrayado constantemente por la LA, la cual define estas funciones de la jurisdicción ordinaria varias veces en su exposición de motivos y una en su articulado como «funciones de apoyo y control del arbitraje» y en otras cinco como «asistencia», refiriéndose a la práctica de prueba.

La mayoría de estas funciones tienen carácter dispositivo. La naturaleza imperativa se reserva para aquellas formas de intervención que se consideran esenciales para la integridad de la potestad jurisdiccional estatal (medidas cautelares, acción de anulación, revisión, ejecución y exequátur).

La reciente STS de 19 de abril de 2006 (asunto Cargill España c/. Volgo Shipping) establece que el tribunal que levanta la medida cautelar de embargo preventivo de un buque, adoptada con carácter previo a un proceso sujeto a arbitraje internacional, en virtud de su falta de jurisdicción por haberse hecho valer en éste el convenio arbitral, está obligado a resolver sobre la indemnización de daños y perjuicios que pueda proceder. Afirma que la argumentación del tribunal de apelación en el sentido de que el pronunciamiento sobre los daños y perjuicios originados por el embargo preventivo está vedado al tribunal por razón de la aplicación de la cláusula arbitral no se compadece con la naturaleza provisional de las medidas cautelares ni con el principio recogido hoy en el artículo 8.3 de la Ley de Arbitraje, con arreglo al cual el convenio arbitral no impedirá solicitar del tribunal la adopción de medidas cautelares.

Esta autonomía procesal para la adopción de las medidas cautelares respecto de la cuestión principal, dice el Tribunal Supremo, adquiere especial importancia cuando se trata del procedimiento arbitral, puesto que la adopción de dichas medidas forma parte de las funciones de apoyo y control del arbitraje que recoge la expresada Ley, que atribuye la competencia al tribunal competente en el lugar en el que el laudo deba ser eje-

cutado y, en su defecto, en el lugar donde las medidas de la producir su eficacia.

3. Regulación de los distintos supuestos

A) Enumeración

Las normas sobre intervención judicial que tienen eficacia extraterritorial en España son las relativas a la adopción judicial de medidas cautelares; a la ejecución forzosa del laudo; y al exequátur de laudos extranjeros. Estas normas son imperativas.

Además de estos supuestos, la LA prevé también la intervención de los tribunales en relación con el nombramiento judicial de árbitros; con la remoción de los árbitros por inactividad sin acuerdo de las partes; con la asistencia judicial en la práctica de las pruebas; con la decisión sobre su propia competencia; para conocer de la recusación de los mismos; para conocer de a la acción de anulación; y para conocer de las demandas de revisión contra el laudo arbitral.

Solamente las dos últimas tienen carácter imperativo, siempre que resulte aplicable la legislación española.

La regulación de los distintos supuestos de intervención judicial sigue en la mayoría de los casos la pauta de la Ley Modelo.

Sin embargo, se observan algunas diferencias significativas en cuyo significado es preciso detenerse brevemente para finalizar esta exposición.

B) Recusación

Se observa que la recusación de los árbitros, dejando a salvo el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual pueden establecerse reglas diferentes, no puede, tras ser denegada por los árbitros cuando se haya formulado ante ellos por el plazo previsto, ser planteada independientemente ante los tribunales, sino que debe ser llevada a éstos con ocasión del ejercicio de la acción de impugnación del laudo arbitral (art. 18.3 LA). Es cierto que la LA, al igual que la Ley Modelo, no prevé espe-

cíficamente como motivo de impugnación la concurrencia de causas que pueden hacer dudar de la imparcialidad de los árbitros. Sin embargo, ésta puede estimarse incluida en el motivo consistente en que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, a la Ley (art. 41.1 d) LA).

Según la exposición de motivos LA, la posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento.

C) Ejecución

Otra diferencia sustancial radica en que las causas de oposición a la ejecución del laudo arbitral aparecen restringidas en relación con las contempladas en la Ley Modelo, puesto que no se permite oponer como excepciones cuestiones relativas a la regularidad del laudo, salvo cuando incurra en nulidad de pleno derecho o falsedad. La LA, en efecto —sin perjuicio de acentuar el carácter convencional de la institución en sus orígenes y desarrollo—, subrayando la naturaleza jurisdiccional de los efectos del laudo, lo equipara a los efectos ejecutivos a una sentencia judicial mediante la remisión que dicha Ley efectúa a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre ejecución (art. 44 LA). De este régimen están únicamente exceptuados los laudos extranjeros, cuyo exequátur se somete al convenio de Nueva York de 1958.

D) Exequátur de laudos extranjeros

La principal fuente reguladora del exequátur de laudos arbitrales extranjeros es el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, al que España se adhirió el 29 de abril de 1977. En España —al no formularse reserva alguna al Convenio—, aquel convenio resulta aplicable *erga omnes* y a todo tipo de laudos extranjeros, incluso aunque hayan sido dictados en Esta-

dos que no sean parte del Convenio. Esto último justifica la afirmación que se contiene en la exposición de motivos de la LA en el sentido de que «en España se hace innecesario un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios más favorables». Y de ahí el contenido del art. 46.2 LA, que se limita a remitirse al Convenio de Nueva York y a eventuales convenios más favorables.

E) Demanda de revisión

La discrepancia principal con respecto a la Ley Modelo, que tiene también su fundamento en la configuración del laudo desde el punto de vista de sus efectos como una resolución de naturaleza jurisdiccional, radica en la admisibilidad contra el laudo de la demanda de revisión que puede interponerse con arreglo a la normativa procesal contra cualquier sentencia firme por causas tasadas y excepcionales, consistentes en la aparición de documentos retenidos, la declaración penal de la falsedad de los que determinaron la decisión, la condena por falso testimonio igualmente determinante de la misma o la demostración posterior de que la decisión arbitral se ganó mediante prevariación, cohecho u otra maquinación fraudulenta (artículo 43 LA).

La demanda de revisión, que por la ley procesal derogada fue considerada como un recurso, es tratada en la actualidad por la legislación y la jurisprudencia como un proceso autónomo que tiene su fundamento en la efectividad del derecho a la tutela judicial que establece el artículo 24 de la Constitución. Por ello la introducción de esta causa en la nueva Ley no acaba de mostrarse acorde con la configuración ajena a ese derecho constitucional que ha atribuido al arbitraje el Tribunal Constitucional. En la práctica, sin duda puede dar lugar a inseguridad jurídica y a dilaciones, habida cuenta que el plazo para la interposición de la demanda de revisión es, genéricamente, el de tres meses a partir del momento en que se tiene conocimiento de la circunstancia que determinó el torcimiento de la decisión, dentro del plazo máximo de cinco años desde la fecha de publicación del laudo.

F) Responsabilidad civil

El artículo 21 LA de arbitraje establece que los árbitros pueden incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que causen por mala fe, temeridad o dolo en el caso de que no cumplan fielmente el encargo. En los arbitrajes encomendados a una institución la ley reconoce al perjudicado acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.

4. Reflexiones a modo de conclusión

El fenómeno de la globalización todavía no ha sido bien explicado desde el punto de vista del Derecho. Para algunos (Ferrarese) se asiste a un cambio de sistema, a una auténtica mutación genética del Derecho. Otros subrayan la pérdida de la centralidad del Estado: el Derecho se desvincula del territorio y ya no sigue la lógica política de los estados-nación. No falta quien ve en la globalización un germen de contradicción: el Derecho, por un lado, asume un valor universal y transnacional; por otro, sufre un proceso profundo de fragmentación en sectores sociales, en múltiples dialectos jurídicos (Teubner). Para otros, finalmente (Lyotard), la globalización es la ruptura de la racionalidad como elemento estructural del Derecho moderno (a partir de Weber). El colapso de las jerarquías jurídicas da paso a formas heterárquicas del Derecho alimentadas en sectores autosuficientes que buscan la compatibilidad entre ellos a través de la observación y reflexión mutua y de formas descentralizadas de adaptarse a los conflictos.

Característico del mundo globalizado es la relevancia de los intereses sectoriales en el proceso de argumentación jurídica (para los realistas, la desaparición de la burocracia: B. Santos) y la utilización de la negociación como procedimiento de solución de conflictos. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad, que ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional como fundamento de la institución del arbitraje, se erige en un principio capital en el mundo globalizado, en el que arbitraje aspira a un papel propio definidor de nuevas realidades jurídicas y de nuevos procedimientos de solución de conflictos mediante la armonización de los intereses en pugna.

Pero la globalización, paradójicamente, da un nuevo e inusitado relieve a la jurisdicción y parece traer a un primer plano las concepciones que históricamente se han mantenido sobre su relevancia en el proceso de creación del Derecho. En efecto, la globalización, aun cuando compromete la capacidad de ordenación de la legislación, amplía la relevancia del papel del juez y de la jurisprudencia, reconoce a su función una naturaleza política e impone la superación de la figura del juez napoleónico, como boca que pronuncia las palabras de la ley, y su sustitución por la figura del juez dotado de poder e investido de la potestad de disposición que le reconocen los espacios de discrecionalidad que resultan de la nueva realidad jurídica.

Desde el punto de vista sustancial, la función jurisprudencial pasa a tener un componente esencial consistente en la necesidad de garantizar la compatibilidad de los criterios de legitimación aplicados para la resolución de los conflictos con los valores democráticos en que se funda la convivencia, de forma que, como ha sido dicho, el juez se transforma primordialmente en un órgano del Derecho o, quizás mejor, de los derechos de los ciudadanos. Se fortalece, pues, el valor de la jurisdicción entendida como elemento de desarrollo de los valores constitucionales.

La globalización del Derecho ayuda, así, a comprender con plenitud las respectivas aportaciones del arbitraje y de la jurisdicción al proceso de creación del Derecho. El primero, no como sustitutivo o alternativa a la jurisdicción —hay que decirlo ya claramente—, sino como forma de solución de controversias —adecuada al nuevo lenguaje de la ponderación de intereses y de la negociación— fundada en el principio de autonomía de la voluntad y apta para aportar soluciones en determinado tipo de conflictos y determinados momentos y sectores de actividad de la vida económica. La segunda, en su papel de definición del Derecho, como función de apoyo y asistencia al arbitraje, en garantía del principio de autonomía de la voluntad, esencial en toda sociedad de democrática, y de fiscalización del respeto a los derechos de los ciudadanos mediante funciones de control del arbitraje suficientes para, preservando el contenido y desarrollo de la institución, evitar que pueda convertirse en un medio de vulneración de aquellos derechos.

Felicito al Club Español del Arbitraje por sus iniciativas y estoy seguro de que será un elemento decisivo para canalizar iniciativas sociales a favor

del desarrollo de la institución y para contribuir a dar una respuesta adecuada a las nuevas realidades jurídicas.